

estat exclouen, refusen o no admeten formalment l'entrada en el territori de persones que són qualificades d'*indesitjables*³¹.

231. Les accions que duen a l'exclusió o *éloignement* del territori són diverses i, algunes d'elles, constitueixen una forma de *refoulement*. A la doctrina francesa, es diferencia entre el refús d'entrada o estada, la reconducció a la frontera (*reconduite à la frontière*), que sanciona una entrada o estada il·legal en el territori, l'expulsió, i la "prohibició del territori" (*interdiction du territoire*), que és un càstig complementari a un altre tipus de sanció³². Només les dues primeres modalitats constituïrien estrictament *refoulement*.

El *refús d'entrada o estada* previst per a determinat tipus d'estrangers pot constituir un tipus de *refoulement*, prohibit per la Convenció de Ginebra de 1951, quan s'aplica a persones que fugen d'una situació de temor de persecució en el seu país d'origen i tenen la intenció de fer una sol·licitud d'asil en l'estat de destinació. La *reconducció a la frontera* també pot constituir un tipus de *refoulement* prohibit a l'art. 33 de la Convenció de Ginebra de 1951, quan s'aplica de forma immediata, sense un examen adequat de la situació de la persona.

Les mesures d'*expulsió* quedaran incloses dins de la prohibició de *refoulement*, si comporten que el demandant d'asil estaria abocat directament o indirecta a les fronteres d'un país on pogués patri persecució o tractaments prohibits. Això no obstant, si resulten d'un procediment amb totes les garanties, que permeti l'examen de la situació de la persona i de les conseqüències del seu allunyament, no constituirà *refoulement*, si es donen determinades circumstàncies. Un estranger, fins i tot si és un refugiat, pot ser requerit a abandonar el territori de l'estat en el que es troba, mentre això no signifiqui que serà abocat a un país on hi ha raons per pensar que podria ser sotmès a persecució o tractaments contraris al nucli bàsic de drets humans. Per raons de seguretat nacional o d'ordre públic, d'acord amb l'article 32 de la Convenció de Ginebra, es pot expulsar un refugiat a qui s'havia atorgat un permís d'estada, mitjançant una decisió en el marc dels procediments legals previstos, sempre que se li hagi permès presentar proves que l'exculpin, formular recurs d'apel·lació i fer-se representar davant les autoritats competents³³.

sais-je? n° 3157), 1997, pàgs. 3-4.

³¹ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, veu "Refoulement", Paris: Sirey, publicat sota el patronatge de l'"Union Académique Internationale", 1960, pàg. 519. Aquesta exclusió ocorreria en el moment de l'accés o entrada en el territori, o bé immediatament després d'aquesta en el cas de l'entrada il·legal, segons Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, op. cit., pàg. 6.

³² Nicole Guimezanes, "L'arrêt de l'immigration en France? Commentaire de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration", núm. 3728, *La Semaine Juridique. Juris-classeur Périodique*, núm. 1, gener 1994, pàgs. 8-12.

³³ Segons com siguin interpretades aquestes nocions pels estats poden donar lloc a situacions de veritable indefensió per als refugiats. En aquest sentit, alguns autors consideren que els estats poden usar el seu dret d'expulsió de manera discrecional, però que no poden *abusar* d'aquest de forma arbitrària. L.

D'altra banda, segons la Convenció de Ginebra, la regla del *non-refoulement* té excepcions en cas que hi hagi *raons serioses* per considerar el refugiat un *perill per a la seguretat del país*, o sigui una *amença per a la comunitat del país* per un crim o delictes *particularment greu* pel que ha rebut una condemna definitiva, com ja s'ha examinat anteriorment³⁴.

La possibilitat d'expulsar o refusar refugiats, de fet, té un veritable interès pràctic, ja que és, en definitiva, una de les garanties reals del dret d'asil. La doctrina ha considerat que els estats poden admetre més fàcilment les persones estrangeres que es presenten com a refugiats en el seu territori si se'ls reserva la possibilitat ulterior de rebutjar-les cas que es descobreixin motius per fer-ho³⁵. Per a Rosy Baclet-Hainque, la possibilitat de procedir a l'expulsió dels refugiats és, en aquest sentit, una forma de *facilitar* una aplicació més estricta del principi de *non-refoulement* per part dels estats, ja que els garanteix que en cas de conflicte amb la seva seguretat interior, prevaldrà aquesta última³⁶.

232. *NON-REFOULEMENT* I EXTRADICIÓ. Finalment, una de les qüestions més controvertides del contingut de la prohibició de *refoulement* és si aquesta prohibició abasta les mesures d'extradició. En els treballs preparatoris de la Convenció de Ginebra, els participants van excloure que el *non-refoulement* comportés no extradició i, més aviat, semblava que aquesta qüestió es deixava en mans de cadascun dels estats, per a que, en tot cas, fossin les normatives internes les que establissin les excepcions pertinents a l'extradició.

Una persona a qui s'imputa un delictes comú greu (*a serious non-political crime*) estaria exclosa de la qualificació coma refugiat, d'acord amb l'apartat F de l'article 1 de la Convenció de Ginebra, tot i amb això, en principi, i d'acord amb l'article 33. 2 de la mateixa Convenció, únicament podria ser *refusada* a cap al país d'origen si fos un perill per a la comunitat nacional o la seguretat de l'estat. L'extradició en aquest cas, sí que podria fer-se cap un estat on la persona no fos abocada al risc de ser perseguida. Una persona culpable de, o a qui s'imputa un delictes comú no greu podria, també en principi, ser sotmesa a extradició, cap un estat on no hi tingués un temor fonamentat de ser perseguida. La qüestió que, malgrat això, no va ser resolta definitivament és si, en aquests casos, una persona que, en principi, no pot ser refusada cap a un estat on té un temor fonamentat de patir-hi persecució podria ser-hi extradida a partir d'altres

Oppenheim, *Tratado de Derecho internacional público*, tom I, vol. II (traducció a l'espanyol de J. López Oliván i J.M. Castro-Rial, de la 8^{ena} ed. anglesa a càrrec de Sir Hers Lauterpacht) Barcelona: Bosch, 1961, pàg. 264.

³⁴ Pel que fa a les excepcions al *non-refoulement*, *vid. supra* III §71-72, *Les previsiones normativas de la Convenció de Ginebra de 1951 sobre la protecció de la seguretat dels estats de refugi*.

³⁵ Ancel, *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1935, pàg. 305, citat a Rosy Baclet-Hainque, *Refugiés et asile politique en France depuis la troisième République*, *op. cit.*, pàg. 457.

³⁶ *Ibidem*.

fonaments jurídics³⁷.

Si entre els dos estats implicats hi ha un tractat d'extradició, la doctrina ha plantejat fins a quin punt la compatibilitat entre dues normes convencionals pot ser resolta amb l'aplicació de la regla *lex posterior derogat priori*, en la mesura que es pot considerar que són tractats sobre la mateixa matèria. Si no hi ha aquest tractat, prevaldrà el *non-refoulement* que, segons l'article 33 no pot produir-se de cap manera (*in any manner whatsoever*) cap un estat on podria patir persecució³⁸. L'ACNUR manté que l'extradició és una de les formes que pot adquirir el *refoulement* i que els refugiats estan protegits en virtut de la Convenció també contra aquestes mesures³⁹.

233. En el context europeu, la qüestió de la compatibilitat entre el *non-refoulement* i l'extradició es va resoldre a la *Convenció Europea d'extradició* feta a París el 13 de desembre de 1957, que va entrar en vigor el dia 18 d'abril de 1960, i de la que són parts tots els estats membres de la Unió Europea i els estats candidats. L'article 3 de la Convenció exclou l'extradició per delictes considerats en l'estat requerit com delictes de caràcter polític, i també l'extradició si hi ha raons per considerar que la demanda ha estat presentada amb la finalitat de perseguir o castigar una persona per raó de la seva raça, religió, nacionalitat o opinions polítiques, o que la situació de l'individu podria agreujar-se per una d'aquestes raons⁴⁰. Com apunta Guy Goodwin-Gill, *aquest article va ser expandit expressament per incloure els elements bàsics de la definició de refugiat, i tancar la llacuna entre el delinqüent polític i el refugiat*⁴¹. A més a més, la interpretació que el Tribunal Europeu de Drets Humans ha fer de l'article 3 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals com una norma absoluta, també ha eliminat la possibilitat que es produeixi extradició quan hi ha un risc que la persona pateixi tractaments contraris a aquesta disposició⁴².

³⁷ Guy S. Goodwin-Gill, *The Principle of Non-Refoulement: Its Standing and Scope in International Law [A Study prepared for the Division of International Protection Office of the United Nations High Commissioner for Refugees]*, Ginebra, juliol de 1993, Referència ACNUR: LAW/REF/GEN/47 D, pàg. 47/67.

³⁸ Sobre aquesta controvèrsia doctrinal així com també sobre la pràctica d'alguns estats, Gunnar Stenberg, *Non-Expulsion and Non-Refoulement. The Prohibition against Removal of refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Uppsala: IUSTUS Förlag, 1989, pàgs. 178-205.

³⁹ Comitè Executiu de l'ACNUR, Conclusió N° 17 (XXXI) *Problèmes d'Extradition concernant les réfugiés*.

⁴⁰ 1. *L'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la Partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction.* / 2. *La même règle s'appliquera si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons.*

⁴¹ Guy S. Goodwin-Gill, *The Principle of Non-Refoulement: Its Standing and Scope in International Law*, loc. cit., pàg. 48.

⁴² El Tribunal Europeu de Drets Humans s'ha pronunciat a favor de l'aplicació de l'article 3 de la

El fet que el *non-refoulement*, després de la formulació de la regla l'any 1951, s'hagi consolidat com a norma consuetudinària de dret internacional quan la persecució temuda en el país de destí pogués constituir tortura o altres tractaments prohibits, i que sigui considerada com imperativa, fa que, al menys quan l'extradició pugui conduir la persona a un país on pogués patir aquests tractaments, calgui considerar que s'estaria produint un *refoulement* prohibit pel dret internacional general. Algunes decisions de jurisdiccions internes dels estats han avalat l'opció de considerar l'extradició no aplicable en el cas de refugiats, per considerar que la protecció que proporciona el refugi s'anorrearia i, també, basant-se en la consideració del *non-refoulement* com a norma de caràcter consuetudinari. Aquest ha estat el cas del Consell d'Estat francès a l'afer *Bereciartúa Echarri* de 1988⁴³, o el *Tribunale di Roma* a Itàlia en el cas *Öcalan*, l'any 1999⁴⁴.

Aquest darrer cas suposava ponderar la perillositat actual per a la seguretat de l'estat del demandant d'asil i la gravetat de la persecució a què podria ser sotmès en cas de refús; i, també, ponderar el *dret d'asil* constitucional italià (un *dret subjectiu perfecte* segons la jurisprudència) i l'extradició de persones perseguides per la comissió de delictes en els seus país. En el moment de la sentència, Abdullah Öcalan ja no es trobava a Itàlia, però, de tota manera el tribunal va resoldre si, d'acord amb els fets, es complien els requisits per considerar que la persona tenia *dret d'asil* d'acord amb l'article 10.3 de la Constitució italiana. La qüestió era establir si, malgrat l'activitat delictiva de Öcalan, el paràgraf 4 de l'article 10 de la Constitució italiana que disposa que no pot ser extradit un estranger per motius polítics, donava *dret d'asil* a Itàlia a Öcalan. El tribunal, finalment, va considerar que Öcalan tenia *dret d'asil* polític a Itàlia (malgrat ja no el podia gaudir), basant-se en l'absència de llibertats democràtiques efectives a Turquia, i en el fet que, segons el tribunal, respecte d'un líder d'una formació política que ha emprès la lluita armada per al reconeixement del dret d'un poble (*dei diritti di un popolo*), la finalitat i la dignitat de la causa que han inspirat l'acció delictiva fan de *contrapeso all'entità delle offese arrecate*⁴⁵.

Convenció Europea de Drets humans de 1950 en casos d'extradició, a la sentència de 7 de juliol de 1989, assumpte *Soering*, núm. 14038/88, *Vid. Infra* Capítol XV.

⁴³ Conseil d'État (Fr), decisió d'1 d'abril de 1988, afer *Bereciartúa Echarri*, *Recueil Dalloz Sirey*, ch. 27, 1988, pàgs. 413-414.

⁴⁴ Les decisions de la jurisprudència dels estats no han seguit sempre el mateix criteri com ho posa de relleu, per exemple, el cas *Doherty* en que els Estats Units d'Amèrica van extradir al Regne Unit un suposat membre de l'IRA; la solució que els tribunals van donar al cas va ser durament criticada per la doctrina que hi va considerar contrari al principi de *non-refoulement*; Wendy L. Fink, "Joseph Doherty and the INS: A Long Way to International Justice", *DePaul Law Review*, vol. 41, 1992, pàgs. 927-980.

⁴⁵ (...) *Conclusivamente. alla stregua degli accertamenti e delle considerazioni in precedenza formulate, deve ritenersi che in Turchia -malgrado alcuni passi avanti recentemente effettuati- sussista una diffusa compressione delle libertà fondamentali dell'individuo e, più specificatamente, per gli appartenenti all'etnia curda, un impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche che la nostra Costituzione garantisce./ Sussiste, pertanto, la essenziale condizione perché sia accertato e dichiarato il diritto di Abdullah Öcalan all'asilo politico in Italia ai sensi dell'art.10,3° comma, Cost./ È*

b. Ampliació de l'àmbit d'aplicació: de la protecció contra la persecució a la protecció contra la violació de drets humans

234. D'acord amb l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951, la regla de non-refoulement garanteix als refugiats que no seran abocats a les fronteres de territoris on *la seva vida o la seva llibertat* estarien amenaçades, *degut a la seva raça, la seva religió, la seva nacionalitat, la seva pertinença a un cert grup social o les seves opinions polítiques*. La manca d'una correspondència exacte entre l'expressió usada en aquest article i la definició de refugiat de l'article 1 de la Convenció ha fet que s'hagi plantejat si s'estava davant d'una protecció que beneficiava només a alguns refugiats, o bé, si, en definitiva, *persecució* podia ser assimilat a *perill per a la vida o la llibertat*. Els treballs preparatoris avalen aquesta darrera posició, com ha assenyalat Paul WEIS en el comentari de l'article 31, que inclou la mateixa expressió per garantir que els refugiats que han entrat il·legalment en el territori no rebin sancions penals:

Les paraules "on la seva vida o llibertat estigués amenaçada" pot donar la impressió que es requereix un estàndard diferent que per a l'estatut de refugiat de l'article 1. Això, de tota manera no és el cas. El projecte de la secretaria es referia als refugiats "que s'escapen de la persecució" i a l'obligació de no retornar els refugiats "a les fronteres del seu estat d'origen, o a territoris on la seva vida o llibertat estaria amenaçada per raó de la seva raça, religió, nacionalitat o opinió política". En el curs de la redacció les paraules "estat d'origen", "territoris on la seva vida o llibertat estigués amenaçada" i "estat en que és perseguit" s'utilitzaven intercanviablement⁴⁶.

Malgrat això, que la regla de *non-refoulement* expressada a la Convenció de Ginebra de 1951 beneficiï només als refugiats tal com són definits a l'article 1, no vol dir ni que els demandants d'asil hagin d'haver estat ja reconeguts com a refugiats per beneficiar del *non-refoulement*, ni que avui dia únicament els refugiats puguin gaudir

pur vro che, tra le libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione italiana, non vi è quella di agire e operare contro di essa (alla quale, al contrario, si è tenuti ad obbedire ed essere fedeli), così che può sostenersi che l'art. 10,3° comma, non si estende a coloro che, come l'attore, comme l'attore, abbiamo compiuto atti contrari alla Costituzione del loro Paese e siano, in conseguenza, perseguiti nelle forme legali./ Tuttavia occorre considerare che l'art. 10, ultimo comma ("non è ammessa l'estradizione dello straniero per motivi politici"), integra e completa la previsione dell'art.10,3° comma. Tale norma, in sostanza, estende l'asilo politico a tutti coloro che siano legalmente perseguiti nel loro Paese per l'attività politica posta in essere. Quant al fet que la persona ja no es trobava en el territori del país, el tribunal va dir que això no eliminava l'interès d'actuar ja que el reconeixement del dret d'asil podia comunque influire sulla sua situazione attuale. Tribunale Roma (Pres.est. De Fiore) (I), 1 d'octubre de 1999, Oçalan c. Presidenza Consiglio ministri e Ministero interno, RDI, vol. LXXXIII, fasc. 1, 2000, pàgs. 240-250.

⁴⁶ Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951. The travaux préparatoires analysed with a commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge International Documents Series, vol. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pàg. 303. Sobre que l'expressió que s'utilitza a l'article 31 es considerava que tenia el mateix significat que la de l'article 33, i que totes dues eren el mateix que "well-founded fear of persecution" de l'article 1, *Ibidem*, pàg. 341-342.

del dret de no ser refusats.

235. La consolidació i el desenvolupament de la protecció internacional dels drets humans en la darrera meitat del segle XX ha tingut conseqüències en la manera com cal entendre la definició de *refugiat*, com s'ha vist en l'apartat B. del Capítol III de la primera part d'aquest treball i, també, en la significació i abast del *non-refoulement*.

Els demandants d'asil tenen, d'acord amb el Dret internacional, dret de no ser refusats quan això els pot dur a ser víctimes de tortura o tractaments inhumans o degradants, independentment de que aquest fet constitueixi temor de *persecució o amenaça a la vida o la llibertat* com a refugiats. Aquest dret de no ser torturat ni sotmès a tractaments inhumans o degradants s'expressa a l'article 3 del Conveni Europeu *per a la protecció dels Drets humans i de les Llibertats fonamentals* de 1950, i a l'article 3 de la Convenció de les Nacions Unides *contra la tortura i altres penes o tractes cruels, inhumans o degradants* de 1984, i es considera que forma part de les normes imperatives de dret internacional general⁴⁷.

L'àmbit d'aplicació material del *non-refoulement*, per això, s'ha ampliat a través de la filtració de la perspectiva de la persona, fins i tot, més enllà del compromís que els estats van adquirir el 1951, on s'entenia que el *non-refoulement* beneficiava únicament els *refugiats*. La interpenetració de la protecció dels drets humans i dels refugiats té per resultat la configuració d'un estatut per a la protecció dels demandants d'asil que va més enllà de les previsions de la Convenció de Ginebra de 1951 i, també, de les previsions dels instruments per a la protecció dels drets humans considerades aïlladament.

3. Àmbit d'aplicació espacial del principi de *non-refoulement*

236. A diferència del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, de la Convenció contra la tortura i del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals⁴⁸, la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats de 1951 no té cap clàusula específica sobre el seu àmbit d'aplicació. A diferència d'ell, el Protocol de Nova York de 1967, per la finalitat que tenia d'eliminar les limitacions temporals i territorials de la Convenció, sí que estableix a l'article I§2 que serà aplicat pels estats parts *sense cap limitació geogràfica*.

La Convenció modificada pel Protocol obliga, per tant, als estats parts a aplicar les garanties estipulades respecte dels *refugiats* definits a l'article 1. Els estats estan obligats respecte dels refugiats sobre els que tenen un *control efectiu*, pel lloc on es troben, o per la dependència respecte d'ells derivada, per exemple, d'actes d'autoritat extraterritorials de l'estat.

⁴⁷ Vid. *supra* Capítols I.C. i XV.

⁴⁸ Vid. *supra* Capítol VI.C.3.

En principi, qui *prima facie* reuneix les condicions que qualifiquen la persona com a refugiat, o podria ser sotmès a tortura o tractaments inhumans o degradants, beneficiarà de la garantia de *non-refoulement*. Una de les qüestions que es plantegen a partir d'aquí és fins on arriba l'obligació d'investigació dels estats, a partir de quan o, en quin lloc comença per als estats l'obligació d'activar les garanties del Dret de l'asil i el refugi, especialment el *non-refoulement*⁴⁹.

237. La Conferència de les Nacions Unides sobre l'estatut dels refugiats i les persones apàtrides que va tenir lloc a Ginebra entre els dies 2 i 25 de juliol de 1951, ja va posar de manifest que el significat del *non-refoulement* resultava vague, sobretot per la qüestió de l'accés al territori. La representació suïssa, recolzada per França, considerava que, en aquest context, el mot *refouler* havia de ser interpretat com d'aplicació només a les persones que *ja es trobessin en el territori de l'estat*, en el sentit de la versió anglesa del mot⁵⁰.

El desacord respecte de si el *non-refoulement* pot beneficiar també a qui es presenta a la frontera de l'estat d'asil es va manifestar amb tota la seva amplitud a la Conferència de les Nacions Unides sobre l'asil territorial celebrada a Ginebra el gener de 1977, on no es va arribar a un consens suficient per concloure una Convenció internacional sobre l'asil territorial⁵¹.

⁴⁹ Robert L Newmark, "Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs", *Washington University Law Quarterly*, vol. 71, 1993, pàg. 834. Segons aquest autor alguns estats haurien canviat la seva interpretació oficial per tal d'adequar-se al clima polític. En general, es poden identificar tres perspectives sobre quan sorgeix l'obligació d'investigar la situació de la persona i, per tant, també de proporcionar un mínim de protecció: (A) alguns estats haurien limitat les obligacions relatives als refugiats només a aquelles persones que estan *legalment* presents en el territori de l'estat; (B) altres requeririen que el refugiat es trobi *físicament* present en l'estat; i (C) un últim grup estendria la protecció del *non-refoulement* als refugiats independentment d'on estiguin situats, *des de moment que han travessat les fronteres del país d'origen*. S'estudien diferents tipus de situacions reals a les pàgs. 846-853.

⁵⁰ Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951, op. cit.*, pàgs. 328-329. En la versió anglesa, es diu *No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*.

⁵¹ La contradicció entre les propostes que van basar la Conferència era evident. Mentre el *Projet de Convenció sobre l'asil territorial* presentat pel Grup de Bellagio, convocat per la dotació *Carnegie pour la Paix internationale*, de concert amb l'ACNUR, de 1972, es deia

Art. 2. Nul ne peut être soumis par un État contractant à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion, qui l'obligeraient à retourner directement ou indirectement sur un territoire ou à demeurer sur un territoire où il a des sérieuses raisons de craindre d'être persécuté, poursuivi ou puni... ;

El text dels Experts reunits a Ginebra el 1975, disposava que

Art. 3. Nulle personne ayant droit au bénéfice de la présente Convention qui se trouve sur le territoire d'un État contractant ne peut être soumise par cet État à des mesures telles que le refoulement ou l'expulsion, qui l'obligeraient à retourner sur le territoire où sa vie ou sa liberté seraient menacées

Per a una anàlisi comparada d'ambdós textos, Fr. Leduc, "L'asile territorial et la Conférence des

Malgrat això, els estats han inventat ficcions per considerar tècnicament fora del territori determinades persones que de fet es troben sota la seva jurisdicció, perquè resulta difícil justificar el refús en frontera de persones que ja han sortit de la jurisdicció dels seus estats d'origen i que, per tant, es troben en una situació *especial* respecte de la comunitat internacional. Aquestes pràctiques semblen confirmar que, per als estats, com també per a l'ACNUR, el *refoulement* pot adoptar diversitat de formes, *incloent-hi no admissió a les fronteres i intercepció en el mar*⁵².

La pràctica dels estats, en part contradictòria, així com també les organitzacions internacionals⁵³, semblen haver anat configurant una interpretació ample, del principi de *non-refoulement*⁵⁴, pel que fa a la seva aplicació en l'espai.

a. Non refoulement i no admissió en frontera: la doctrina del control efectiu

238. En alguns instruments per a la protecció de refugiats anteriors a la Convenció de Ginebra de 1951 ja es preveïen garanties contra el *refoulement*, que expressament comportava l'obligació de no refusar l'entrada dels refugiats si això significava abocar-los a les fronteres dels seus països d'origen, encara que hi hagués raons de seguretat o ordre públic que justificuessin el seu allunyament⁵⁵. En alguns instruments regionals també es

Nations Unies de Genève. Janvier 1977", *AFDI*, vol. XXIII, 1977, pàgs. 258 i 260.

⁵² ExCOM ACNUR (49 sessió), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/898, de 3 de juliol de 1998, §10.

⁵³ A la *Declaració sobre l'asil territorial* inclosa a la Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, R 2312 (XXII) de 1967, s'afirmava (article 3§1), en aquest sentit, que ningú que invoqués el dret d'asil de l'article 14 de la Declaració Universal de Drets Humans de 1948, *ne sera soumis(e) à des mesures telles que les refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout État ou elle risque d'être victime de persécutions*. *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol. I, *op. cit.*, VIII, pàg. 85. El Comitè de Ministres del Consell d'Europa s'expressa de manera molt similar a la Résolution (67) 14 sur "*l'asile en faveur des personnes menacées de persécution*", de 29 de juny de 1969, §2, *YECHR-ACEDH*, vol. IX, 1967, pàgs. 105-107; i també a *Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol II, *op. cit.*, LXII, pàgs. 445-446. També Conclusions del Comitè Executiu de l'ACNUR, N° 6 (XXVIII) *Non-refoulement*; N° 7 (XXVIII) *Expulsion*; N° 17 (XXXI) *Problèmes d'extradition concernant les réfugiés*; i 22 (XXXII) *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, II.A.2.

⁵⁴ Kay Hailbronner, "Non-refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, núm. 4, 1986, pàgs. 861-864.

⁵⁵ *Convention relative au statut international des réfugiés*, de Ginebra de 28 d'octubre de 1933 (va entrar en vigor el 13 de juny de 1935 per a Bèlgica, Bulgària, Egipte, França i Noruega, i un dia després per a Txecoslovàquia que s'hi va adherir), *RTSdN*, 1935-1936, núm. 3663, pàgs. 200-217. A l'article 3 d'aquesta Convenció es deia que

Chacune des Parties contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant été autorisés à y séjourner régulièrement, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

Elle s'engage, dans tous les cas, à ne pas refouler les réfugiés sur les frontières de leur

preveuen expressament disposicions sobre *non-refoulement* en frontera, com en el cas de la OUA⁵⁶.

Partint d'una concepció més aviat restrictiva, alguns autors insisteixen que la regla del *non-refoulement* no pot afectar el principi segons el qual els estats tenen plena capacitat respecte de l'entrada de les persones en el seu territori⁵⁷ i que, per això, només és aplicable a les persones que ja són dins del territori a tots els efectes. Altres, des d'una perspectiva totalment contrària a aquesta, han defensat que el principi de *non-refoulement* significa un *dret d'accés* al territori en aplicar-se als refugiats que es presentin a la frontera dels estats d'acollida⁵⁸, i que també s'aplica a persones que no es troben en el territori o no hi han *entrat* encara formalment⁵⁹. Fins i tot i ha hagut qui ha considerat l'expressió *non-refoulement* com a sinònim d'*admissió en el territori d'un altre país*⁶⁰.

pays d'origine.

A la versió anglesa, amb unes expressions més definitives quant al significat de la disposició, es deia

Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorized to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order.

It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin.

⁵⁶ La *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, signada a Addis-Abeba el 10 de setembre de 1969, preveu a l'article II.3 que

Nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour des raisons énumérées à l'article premier, paragraphes 1 et 2.

Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées, vol. II, *op. cit.*, I, pàg. 6.

⁵⁷ Cf. Parry et al. (eds.), *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, veu "asylum, so-called right of", New York: Oceana Publications, Inc., 1988, pàg. 34; Sadruddin Aga Khan, "Legal Problems relating to Refugees and Displaced persons", *R des C.*, tom 149, 1976-I, pàg. 318. Aquest darrer autor posa de manifest, amb una interpretació literal à *contrario* que, en definitiva, a la Convenció de 1951 no es diu que els estats no puguin rebutjar els estrangers que es presenten a la seva frontera i que encara no han entrat en el territori, sinó que només es parla del refús, el retorn o l'expulsió *envers* les fronteres d'un país a on es tem patir persecució, considerant que això ha de ser valorat com a una omisió expressa en el text.

⁵⁸ La prohibició *in any manner whatsoever* de refoulement inclou *rejection at the frontier or expulsion after entry, or for that matter interception on the high seas followed by return*, sense examinar les seves sol·licituds. Jean-Marie Henckaerts, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *HRLJ*, vol. 15, núms. 8-10, 30 de novembre de 1994, pàg. 315; *id.*, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, *op. cit.*, pàg. 102.

⁵⁹ Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed., Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pàgs. 426-427. Alguns autors han expressat també la idea que els estats tindrien un *deure moral positiu d'asil* [Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, Leyde: Sythoff, 1962, pàg. 81], o un *deure d'humanitat* d'acollir els refugiats que es presentin a les seves fronteres.

⁶⁰ Yasuhiko Saito, "Les droits des réfugiés", Mohamed Bedjaoui (dir.), *Droit International. Bilan et perspectives*, tom 2, Paris: Pédone, 1991, pàg. 1211. Es considera també, en aquest sentit que la regla del

Des de la perspectiva de quin és l'objecte de la Convenció i, també, de la necessitat de preservar-ne el sentit en un context com l'actual, en què les fronteres tenen ja una importància només relativa, és inconseqüent pretendre que el límit de la protecció dels refugiats es troba encara en el traspàs de fronteres. El principi de *non-refoulement* de l'article 33 de la Convenció de Ginebra de 1951 s'aplica quan la persona ha entrat en la jurisdicció *territorial* de l'estat d'asil, independentment de les nocions internes d'*entrada* o *admissió* o de quan es consideri que s'han travessat els límits territorials de l'estat⁶¹.

239. Les circumstàncies en què una persona pot invocar el dret de *non-refoulement* són una qüestió de fet. Un demandant d'asil pot beneficiar-ne sempre que es demostrï que la seva situació *depèn* de l'autoritat d'un estat, la qual cosa ocorrerà quan *físicament* es trobi en lloc sotmès a la jurisdicció de l'estat, i, també, quan les autoritats de l'estat, per la seva pròpia actuació, exerceixin un *domini* o un *control efectiu* sobre la seva situació.

En primer lloc, el principi de *non-refoulement* comporta un dret d'accés al territori d'un estat, si aquest comparteix frontera terrestre amb aquell a on el refugiat tem per la seva vida o integritat física⁶², en casos individuals, i quan l'única alternativa seria el *refoulement* del refugiat a l'estat de persecució⁶³. L'estat on la persona cerca protecció està obligat a tolerar l'accés a una zona territorial sota la seva jurisdicció a persones que fugen del seu estat d'origen per motius fonamentats de persecució o violació greu de drets humans, o perquè la possibilitat de retornar el potencial refugiat a lloc segur seria gairebé insignificant.

En segon lloc, quan la persona ha arribat a l'estat d'asil *directament* des del país d'origen també cal reconèixer que l'accés al territori és una conseqüència necessària del *non-refoulement*. Quan la persona ha transitat prèviament per llocs segurs, sotmesos a la jurisdicció d'altres estats, l'aplicació de la regla de no refús resulta més discutida perquè, *a priori*, pot semblar que el demandant d'asil podia haver-hi sol·licitat protecció. Fins i

non-refoulement suposa que no es pugui refusar o *respingere* aquell qui es presenta a la frontera d'un estat, E. Vitta, "Asilo territoriale e diritti dell'uomo", in *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, tom I, Madrid: Ed. Tecnos, 1979, pàg. 600.

⁶¹ Així ho defensen Terje Einarsen, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum", *IJRL*, vol. 2, núm. 3, 1990, pàg. 386; Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pàgs. 117-124.

⁶² Més encara si es té en compte que (a) *s a matter of fact, anyone presenting themselves at a frontier post, port or airport will already be within State territory and jurisdiction. Ibidem*, pàg. 123. També ha estat considerat que el principi de *non-refoulement* reforçava un altre principi fonamental segons el qual l'estat limítrof està obligat a deixar entrar els refugiats polítics i no refusar les persones disperses o impedir la seva entrada en el territori partint de consideracions humanitàries, Sompong Sucharitkul, "Quelques questions juridiques à l'égard des «boat people» en tant que réfugiés politiques", *AFDI*, vol. XXXV, 1989, pàg. 478.

⁶³ En aquests casos una obligació general d'atorgar asil provisional estaria *in statu nascendi*. Gerassimos Fournalanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Estocolm: Almqvist & Wiksell International, 1986, pàg. 159.

tot en aquestes situacions, l'estat a la frontera de qui es presenta un demandant d'asil o refugi està obligat a permetre l'accés d'aquest a espais formalment sotmesos a la seva jurisdicció en virtut del principi de *non-refoulement*, encara que només sigui per tal de verificar, segons procediment establert, si la persona té un *dret* a ser acollida en el territori o pot ser-ne allunyada a un altre estat que l'admeti, i preservi el dret de la persona de no ser allunyada vers les fronteres d'un estat on podria ser sotmesa a tortura o tractaments inhumans o degradants.

240. Sovint, la persona que cerca asil es troba en una situació il·legal respecte del dret intern dels estats, si pel motiu que l'empeny a fugir no ha pogut adreçar-se a les autoritats públiques per obtenir un passaport i visat d'entrada. Per aquest motiu, el demandant d'asil o refugi que es presenta a la frontera d'un estat sense la documentació necessària per entrar-hi ha de poder justificar d'alguna manera la seva pretensió a les autoritats de policia dels llocs fronterers. L'entrada o l'accés al territori d'un estat estranger és, per això, el moment més crític de la situació d'aquestes persones, quan han fugit d'una situació de violació greu de drets o temen patir persecució.

Quan els demandants d'asil es troben a les fronteres d'un estat, el poder de permetre l'*entrada en el territori*, o tolerar que es trobin efectivament en una zona sota la seva jurisdicció recau sobre la policia fronterera, en definitiva, agents de l'estat que exerceixen una autoritat pública. La regla de *non-refoulement* comporta, com a mínim, que la primera autoritat de l'estat (o qui actua per compte seu) amb que es troba el demandant d'asil permeti l'*accés a un procediment* previst jurídicament respecte de l'*admissió* en el territori. Això, d'altra banda, equipara les persones que es presenten a la frontera sense documents o sense una justificació documental que les autoritzi a entrar en el país, a aquelles altres persones que entren il·legalment en el territori, i a qui s'aplicarà l'obligació de no retorn atès que es troben dins del país (juntament amb l'article 31 que prohibeix sancionar l'entrada o presència il·legal en el territori). *A contrario*, si l'obligació de no refús no suposés una garantia sobre l'accés al territori en determinats casos, o el manteniment sota la jurisdicció dels estats, resultaria ser més avantatjós per als refugiats obviar fraudulentament l'aplicació de la llei que intentar la seva efectiva implementació⁶⁴.

Si l'estat denega finalment l'*admissió* en el territori a efectes de demanar asil o refugi, el principi de *non-refoulement* imposa que la persona no pot ser refusada o rebutjada *envers* les fronteres de territoris on la seva vida o la seva llibertat perilla a causa de la seva raça, religió, nacionalitat, o pertinença a un determinat grup social o de les seves idees polítiques, ni tampoc a on pugui patir tortura o tractaments inhumans o

⁶⁴ En aquest sentit, el paper de la policia en el punt d'entrada ha de ser únicament limitar-se a comprendre i enregistrar la demanda d'asil, i en cap cas s'ha d'atribuir la competència de fer un pronunciament sobre el fonament de la demanda, ja que aquesta funció pertany als òrgans competents de la determinació de la condició de refugiats. François Julien-Laferrière, "Le traitement des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée", *loc. cit.*, pàgs. 54-55.

degradants⁶⁵.

En definitiva, si bé l'any 1951 el principi de *non-refoulement* potser no comportava una obligació de no refús en frontera, avui dia, una interpretació que l'inclou s'ha imposat per la pràctica i la dinàmica de la regla, de forma que comporta tant el no retorn (*non-return*) com el no refús (*non-rejection*)⁶⁶.

Sobre aquesta qüestió és interessant fer notar que els estats, des la perspectiva de l'interès nacional i la seva seguretat, han intentat en els darrers anys fer que sembli que els demandants d'asil no arriben a ser sota la seva jurisdicció, amb una manipulació interessada del concepte de *territori*, per exemple, a través de la creació de *zones internacionals* o de *trànsit* com s'ha vist en el Capítol anterior, o interceptant els potencials demandants d'asil més enllà de les fronteres. En canvi, no basen el refús de fer-se càrrec dels demandants d'asil en el fet que aquests no han travessat les fronteres, i no tenen dret d'accedir a una protecció provisional derivada del *non-refoulement*. Això avala la tesi que, fins i tot els estats entenen que avui dia és absurd negar que el principi de *non-refoulement* no implica necessàriament que els demandants d'asil accedeixen a una protecció territorial provisional.

b. Non refoulement i intercepció de persones en el mar

241. Com s'ha vist en altres parts d'aquest treball, alguns estats posen en pràctica mesures per tal d'evitar que els refugiats que surten del país d'origen arribin a les seves fronteres, o entrin dins d'espais sotmesos a la seva jurisdicció. Un d'aquests mecanismes és la modulació del propi territori a través de ficcions jurídiques com la creació de *zones internacionals*, un altre, són les intercepcions dels estrangers que potencialment podrien demanar asil (o es pensa que podrien fer-ho) si arribessin al territori o les fronteres de l'estat. L'ACNUR ha definit la intercepció d'estrangers com

(A)bastant totes les mesures aplicades per l'estat, fora del seu territori nacional, per tal de prevenir, interrompre o aturar el moviment de persones que no tenen la documentació necessària cap al traspàs de fronteres per terra, aire o mar, i fent camí

⁶⁵ L'obligació de l'article 33 de la Convenció de Ginebra s'aplica sense cap mena de dubte un cop la persona ha travessat la frontera física de l'estat de rebuda independentment de la consideració que en tingui el dret intern de la seva *estada* en el territori. Això s'extreu, entre d'altres coses, de la diferent redacció dels articles 32 i 33 de la Convenció. El primer es refereix a la prohibició d'expulsió dels refugiats que es trobin *legalment* (*régulièrement, lawfully*) en el territori de l'estat i, en fer-se una remissió al dret intern, l'obligació internacional queda subordinada al què es disposi en la norma interna. L'article 33 prohibeix el *refoulement* de cap manera possible (*en modo alguno, de quelque manière que ce soit, in any manner whatsoever*) sense utilitzar el llenguatge de la remissió de l'article anterior. James Crawford, Patricia Hyndman, "Three Heresies in the Application of the Refugee Convention", *IJRL*, vol. 1, núm. 2, 1989, pàgs. 176-177. A la pràctica, quan s'ha plantejat la qüestió, la jurisprudència ha avalat aquesta posició, per exemple, Conseil d'État (1^a i 4^a sous-sections) (França), decisió de 27 de setembre de 1985, *France Terre d'asile, CIMADE, GISTI*, n° 44484 i 44485, *JDI*, núm. 2, abril-maig-juny, 1986, pàgs. 347-353.

⁶⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pàgs. 121-124.

*cap a l'estat de destí previst*⁶⁷.

Més concretament, es diu que són mesures per

- i. *prevenir l'embarcació de persones en un trajecte internacional;*
- ii. *prevenir la continuació d'un viatge internacional per part de persones que ja han començat el trajecte;*
- iii. *realitzar un control dels vaixells quan hi ha motius raonables per creure que un vaixell transporta persones contràriament al dret marítim internacional o nacional*⁶⁸

Dins d'aquesta definició s'hi inclouen les actuacions dels estats en terra, mar i aire, i, per tant, també les mesures de caire administratiu com l'exigència de visats o la regulació de sancions als transportistes de duguin estrangers sense la documentació requerida cap el territori. També s'hi inclou l'actuació de persones que actuen com a agents de l'estat o exercint una autoritat pública en aeroports estrangers, que fan un primer *prescreening* de la documentació de persones que tenen per destí el seu país, normalment, previ acord amb l'estat territorial⁶⁹.

Els dos primers tipus de mesures comporten interrompre o aturar el moviment de persones en el mateix punt de sortida: la denegació de visat farà més difícil la sortida del país amb un mitjà col·lectiu de transport; i l'establiment de sancions als transportistes farà que aquests reforcin els controls en origen, i que s'impedeixi la sortida de potencials demandants d'asil que, per raons derivades del seu temor de ser perseguits o sotmesos a tractaments inhumans o degradants, no tenen la documentació necessària per ser admesos com a immigrants en un altre país.

També dins de la definició de l'ACNUR s'inclouen les mesures d'intercepció en aigües marítimes de vaixells que transporten persones. Aquestes accions comporten la interrupció d'un moviment de persones que ja s'ha iniciat, per tal d'evitar de la manera que sigui que arribin a port i tinguin dret a presentar una demanda d'asil davant de les autoritats de l'estat. En general, es busca interceptar els vaixells en alta mar per evitar que arribin a les aigües territorials de l'estat.

242. Diversos estats han practicat actuacions d'aquests tipus, sovint, tot i que no sempre, contravenint l'obligació de rescatar les persones que es troben en perill al mar, en el Mediterrani ho han fet, França, Itàlia, Grècia o Espanya; en el Pacífic, Nova Zelanda o Austràlia; i en l'Atlàntic, els Estats Units d'Amèrica, alguns estats africans⁷⁰, i també

⁶⁷ Comitè Executiu de l'ACNUR (Standing Comité 18th meeting), *Interception of Asylum-seekers and refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, 9 de juny de 2000, EC/50/SC/CRP.17, §10, pàg. 2/7.

⁶⁸ Comitè Executiu de l'ACNUR, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, de 10 d'octubre de 2003, N° 97 (LIV) 2003, §9 del preàmbul.

⁶⁹ Per a una descripció de les principals pràctiques d'intercepció, Andrew Brouwer, Judith Kumin, "Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide", *Refuge*, vol. 21, núm. 4, 2003, pàgs. 8-13.

⁷⁰ Va ser força conegut el cas de dos vaixells, el *Zolotitsa* i el *Bulk Challenge*, que transportaven principalment refugiats liberians que, amb un mes de diferència l'estiu de 1996 van provar d'arribar a ports de diferents països africans a Nigèria, Benín, Togo, Ghana i Costa d'Ivori, sense èxit. Finalment,

Espanya, principalment per evitar l'arribada d'estrangers a les Illes Canàries, etc. En alguns d'aquests casos, l'actuació dels estats, que s'emmarca en la política de lluita contra el tràfic de persones i la immigració il·legal, ha entrat en conflicte amb les previsions normatives internacionals sobre rescat en el mar i, moltes vegades, suposa un desafiament al principi de *non-refoulement*.

D'entre ells, alguns casos, presenten un interès especial, per veure fins a quin punt el principi de *non-refoulement* i l'accés a una protecció provisional per als demandants d'asil poden quedar afectats per aquestes mesures: el cas dels *boat-people* haitians interceptats per agents dels Estats Units d'Amèrica en alta mar; el cas del *East Sea* a França; els casos del *Kader I Rades* i del *Monica*, a Itàlia; i el cas *Tampa*, on un vaixell que havia rescatat persones en una situació de perill va ser interceptat en aigües territorials d'Austràlia.

Aquestes pràctiques han estat denunciades, per exemple, per l'Assamblea parlamentària del Consell d'Europa que en la recomanació 1645 (2004) va considerar que els estats parts havien d'establir *estructures d'acollida permanents i apropiades en les zones costaneres i prop dels ports per acollir les persones que hi arribessin ; (...) acceptar encarregar-se de tramitar les demandes d'asil presentades per passatgers clandestins, quan el vaixell ha previst la seva primera escala en un port que es troba en el territori nacional; i (...) efectuar, en el marc de les seves responsabilitats en matèria de control de l'immigració, operacions de patrulla en el mar, conformant-se plenament amb la Convenció de Ginebra de 1951 sobre l'estatut dels refugiats i amb el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans de 1950, evitant que persones siguin reenviades a països on correrien el risc de ser perseguides o de patir violacions de drets humans*⁷¹.

243. EL CAS DELS *BOAT PEOPLE* HAITIANS INTERCEPTATS EN ALTA MAR. Un dels casos que va tenir més ressò per les interpretacions contradictòries que van fer-se per part tant de jurisdiccions nacionals com internacionals, és el cas de les mesures d'intercepció en alta mar i retorn de persones que havien fugit d'Haití per part d'agents dels Estats Units en execució de la *Executive Order* No. 12807, norma interna de 23 de maig de 1992.

Des de setembre de 1981, els guardacostes dels Estats Units, de resultes d'un acord amb la República d'Haití, interceptaven vaixells de transport il·legal d'estrangers sense documents prop de les seves costes. Durant una dècada, la intercepció comportava una entrevista a bord dels guardacostes, que permetia identificar els refugiats que expressaven trobar-se en una situació creïble de persecució. Aquests eren duts als Estats Units per a que

només el segon va ser admès a entrar a Ghana. En relació a aquests casos, Paul Kuruk, "Asylum and the Non-Refoulement of Refugees: The Case of the Missing Shipload of Liberian Refugees", *Stanford Journal of International Law*, vol. 55, núm. 2, 1999, pàgs. 313-350. Fent unes reflexions generals de la lògica d'exclusió que també s'aplica al continent africà per raons moltes vegades ètniques, Marc-Antoine Pérouse de Montclos, "L'Afrique rejette ses propres immigrés", *Le Monde diplomatique*, núm. 549, desembre de 1999, pàg. 15.

⁷¹ Assamblea Parlamentària del Consell d'Europa, *Recommandation 1645 (2004) Accès à l'assistance et à la protection pour les demandeurs d'asile dans les ports maritimes et les zones côtières en Europe*, adoptada el 29 de gener de 2004, *ACEDH.YECHR*, vol. 47, 2004, § 10.iii. h-j.

hi presentessin una demanda formal d'asil. Pel que feia a la resta d'immigrants, es considerava que només tenien motivacions econòmiques i eren repatriats. Després del cop militar a Haití de setembre de 1991, els guardacostes van suspendre les repatriacions i, tot i la intenció de reprendre-les a partir del mes de novembre, els tribunals interns les van prohibir amb l'adopció de mesures cautelars en el tràmit de denúncies relatives a les garanties dels demandants d'asil. Les proporcions de l'èxode van fer que els Estats Units habilitessin dependències a la base naval de Guantánamo, a Cuba, per tal de procedir als primers exàmens de les demandes de protecció presentades per les persones que havien fugit.

La saturació d'aquestes mesures va comportar que les autoritats dels Estats Units consideressin que esdevenia impossible protegir les fronteres de l'estat i, alhora, oferir als haitians un procés de selecció mínim. Llavors es va plantejar una tria entre dues opcions: permetre als haitians l'accés al territori dels Estats Units, per fer-hi el procés de selecció, o bé, repatriar-los sense donar-los cap oportunitat d'establir la seva qualificació com a refugiats. La *Executive Order* de 23 de maig de 1992 va implementar la segona opció, fins que el maig de 1994 el president Bill Clinton va decidir verificar novament la qualitat de refugiats dels haitians interceptats en alta mar⁷².

Una decisió del Tribunal Suprem dels Estats Units, de 21 de juny de 1993, en l'afer *Chris Sale versus Haitian Centers Council*, va establir, en última instància, primer, si la *Executive Order* que disposava que els guardacostes interceptessin en alta mar els vaixells que transportaven il·legalment passatgeres des de Haití cap als Estats Units i els retornessin sense determinar si tenien qualitat de refugiats, era contrària a l'article 243 (h) 1 de la *Immigration and Nationality Act*. I, segon, si aquesta mateixa normativa infringia l'article 33 de la Convenció de les Nacions Unides sobre l'estatut dels refugiats de 1951.

Pel que fa al primer aspecte, es va considerar que la disposició interna que deia que l'*Attorney General* no deportaria o retornaria un estranger cap un territori on s'hagués determinat que la seva vida o llibertat podria estar amenaçada, s'aplicava només en el context dels procediments interns, segons els quals es decidia si la persona podia romandre o no dins dels Estats Units. El raonament es basava en que la norma enlloc preveia expressament regir procediments que tinguessin lloc fora l'estat. L'extraterritorialitat de la norma no es presumeix i, quan a la norma disposa *deportar* o *retornar* es va considerar que es feia referència a la protecció contra la deportació de persones que ja es trobessin en el territori de l'estat i als procediments per *excloure* qui ja es trobés a les seves fronteres⁷³.

⁷² Roger Pinto, "Le Conseil constitutionnel et la Cour Suprême des Etats-Unis confrontés au droit international. Entrée et séjour des étrangers", *JDI*, núm. 2, abril-maig-juny de 1994, npp 28, pàg. 317.

⁷³ A la decisió s'estableix una distinció entre les persones que es troben *dins dels Estats Units*, i les que són *dins del territori dels Estats Units* referint-se a aquelles que són a les fronteres. En funció d'aquesta distinció la protecció d'aquestes persones no s'estendria a qui no es troba en aquestes situacions,

Under the INA, both then and now, those seeking "admission" and trying to avoid "exclusion" were already within our territory (or at its border), but the law treated them as though they had never entered the United States at all; they were within United States

Quant a la segona qüestió, es va considerar que l'article 33 de la Convenció de Ginebra, que estableix la regla de *non-refoulement*, és aplicable, també, només als estrangers que es troben *en el territori dels Estats Units*⁷⁴. Per un costat es va fer una interpretació sistemàtica dels dos paràgrafs de l'article 33, i es va considerar que, si l'excepció a la prohibició de refús del segon paràgraf s'aplicava a persones que constituïssin un perill per a la seguretat del país *on es trobin* és aplicable només dins del territori de l'estat de refugi, llavors, també el primer paràgraf, que expressa el principi de *non-refoulement*, havia de considerar-se aplicable només en els casos de persones que són *en el territori*. D'altra banda, es diu que la utilització en la versió anglesa de l'expressió *expel or return* té un clar paral·lelisme amb l'expressió de la norma interna que empra *deport or return*, on el mot *return* ha estat interpretat com que es refereix als procediments d'exclusió⁷⁵ i, per tant, com que el seu significat específic és més restringit que el seu sentit corrent⁷⁶. En definitiva, s'interpreta l'obligació de *non-refoulement* com aplicable

territory but not "within the United States". Those who had been admitted (or found their way in) but sought to avoid "expulsion" had the added benefit of "deportation proceedings"; they were both within United States territory and "within the United States". Ibid. Although the phrase "within the United States" presumed the alien's actual presence in the United States, it had more to do with an alien's legal status than with his location.

Supreme Court (USA), decisió de 21 de juny de 1993, afer *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalisation Service, et al., petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, Nº 92-344 [509 U.S. 155; 113 S. Ct. 2549], UNHCR *Refworld*-Legal Information, 7^{ena} ed., gener 1999, §III.B.2. La sentència de la Court of Appeals que es recorria havia considerat que l'article 243 (h) 1 de la INA no s'aplicava només als estrangers que es trobaven *within the United States*, sinó que de la definició ample del terme estranger i del llenguatge corrent de la disposició de la que una modificació de l'any 1980 havia llevat l'expressió *within the United States*, es desprenia que també s'aplicava a altres persones que es trobaven fora del l'estat.

⁷⁴ La norma, a més, ha estat considerada norma *self-executing* en decisions anteriors, igual que l'article 3 de la Convenció contra la tortura, tot i que en aquesta es refusa el pronunciament al respecte; Kristen B. Rosati, "The United Nations Convention Against Torture: A Self-Executing Treaty That Prevents the Removal of Persons Ineligible for Asylum and Withholding of Removal", *Denver Journal of International Law & Pol'y*, vol. 26, núm. 4, 1998, pàg. 560.

⁷⁵ En una decisió de la Cort Suprema dels Estats Units de 16 de juny de 1958 es fa una distinció entre aquells estrangers que han arribat a les fronteres de l'estat cercant ser-hi admesos, com a *petitioner*, i aquells que són *within the United States* després d'haver-hi entrat, independentment de la legalitat d'aquesta entrada. En última instància la Cort hauria reconegut drets i garanties addicionals que no s'estenen a qui es troba en la primera categoria, i que estan únicament *on the threshold of initial entry*. Supreme Court (USA), decisió de 16 de juny de 1958, en l'afer *Leng May Ma v. Barber, District Director, Immigration and Naturalisation Service*, No. 105 [357 U.S. 185; 78 S.Ct. 1072], UNHCR *Refworld*-Legal Information, 8^{ena} ed., juliol 1999, §3. En aquest sentit el terme *return (refouler)* es refereix a l'exclusió d'estrangers que únicament es troben *on the threshold of initial entry*.

⁷⁶ La decisió de la Cort Suprema accepta en últim extrem que

The drafters of the Convention and the parties to the Protocol may not have contemplated that any nation would gather fleeing refugees and return them to the one country they had desperately sought to escape; such actions may even violate the spirit of article 33; but a treaty cannot impose un contemplated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions.

únicament a les persones *físicament* o *legalment* presents en el territori, per tal de justificar les intercepcions en alta mar i el retorn forçós de persones⁷⁷.

244. En contra de l'argumentació de la decisió de 21 de juny de 1993 de la Cort Suprema dels Estats Units, es van pronunciar en la mateixa decisió, dissentint, el jutge Blackmun⁷⁸, l'Alt Comissionat per als Refugiats de les Nacions Unides en un *amicus curiae* presentat el 21 de desembre de 1992⁷⁹, i la Comissió Interamericana de Drets Humans, que va considerar en un informe de 13 de març de 1997 que els Estats Units havien violat, entre altres, l'article XXVII de la Declaració Americana de Drets i Deures de l'Home de 1948 que diu que *tothom té el dret, en cas de persecució que no resulta de crims de dret comú, de cercar i rebre asil en territori estranger, d'acord amb les lleis de cada estat i amb els acords internacionals*⁸⁰.

Supreme Court (USA), decisió 21 de juny de 1993, afer *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalisation Service, et al., petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, loc. cit., §IV.A.12. La decisió de la Court of Appeals que era objecte de recurs considerava que la prohibició de retorn de l'article 33.1 clarament abastava *all refugees regardless of location; interpretació que es recolzava en el object and purpose not only of that article but also of the Convention as a whole*.

⁷⁷ L'alternativa a aquesta aproximació depèn d'un compromís amb el drets humans que aturi la negació indiscriminada de protecció que comporten les polítiques d'intercepció, David A. Martin, "Strategies for a Resistant World: Human Rights Initiatives and the Need for Alternatives to Refugee Interdiction", *CILJ*, vol. 26, núm. 3, 1993, pàg. 770. Alguns autors també han considerat que després d'aquesta interpretació, per a un sistema de protecció de refugiats eficient i just caldria un nou Protocol a la Convenció de Ginebra per tal d'assegurar l'aplicació extraterritorial de l'obligació de *non-refoulement*, i l'obligació dels estats de determinar la qualitat de refugiat de les persones que reclamin aquest estatut; Robert L. Newmark, "Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs", loc. cit., pàgs. 864-865.

⁷⁸ Supreme Court (USA), decisió 21 de juny de 1993, afer *Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalisation Service, et al., petitioners v. Haitian Centers Council, Inc., et al.*, loc. cit., pàgs. 11-16.

⁷⁹ L'ACNUR considera que *blocking the flight of refugees and summarily repatriating them to a place where their lives or freedom would be threatened is contrary to the applicable international refugee treaties and to the international principle of "non-return" of refugees*. Es posa en relleu també que en la Convenció de Ginebra de 1951 i en el Protocol de 1967, es prohibeix el retorn involuntari de refugiats *in any manner whatsoever*. En un informe posterior a la decisió, l'ACNUR diu també que l'obligació de no retorn dels refugiats *arises irrespective of whether governments are acting within or outside their borders*, i que aquesta decisió de la Cort Suprema és contrària a les conclusions del Comitè executiu de l'ACNUR, que diuen que als refugiats no se'ls pot refusar l'entrada en un territori on cerquin asil, i que els demandants d'asil rescatats en el mar han de ser sempre admesos, al menys temporalment. *UN High Commissioner for Refugees Responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council, ILM*, vol. XXXII, núm. 4, juliol 1993, 1215-1216. L'Alta Comissaria de les Nacions Unides per als refugiats s'ha pronunciat també, posteriorment, considerant que el *refoulement* pot adoptar formes diverses, entre les que s'inclou la no admissió en frontera i la intercepció en el mar per part de les autoritats d'estats a on s'adrecen persones cercant protecció o refugi. ExCOM ACNUR (49^e període de sessions), *Nota sobre protecció internacional*, 3 de juliol de 1998, A/AC.96/989, §10.

⁸⁰ La Comissió Interamericana va examinar acumulativament les disposicions de dret internacional i intern aplicables i, pel que fa a les primeres, va coincidir amb l'ACNUR sobre que el principi de *non-refoulement* expressat a l'article 33 de la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats no té limitacions geogràfiques pel que fa a la seva aplicabilitat. D'altra banda, va examinar si l'actuació dels agents dels Estats Units en alta mar vulnerava el dret de les persones segons l'article XXVII de cercar i rebre asil *in some other territory other than the United States*, conclouent, finalment, que la intercepció i el

La decisió de la Cort Suprema dels Estats Units d'Amèrica en l'afer *Sale v. Haitian Centers Council* no és una decisió aïllada pel que fa a la situació les persones interceptades en alta mar que han fugit per cercar refugi en territori estranger⁸¹, ni pel que fa a la seva consideració del dret internacional, sinó que s'inscriu en un cert corrent d'interpretació de les disposicions jurídiques internacionals restrictiu i polititzat⁸².

D'altra banda, tampoc la lògica i l'actitud dels Estats Units en tot l'afer dels refugiats haitians és pròpia únicament d'aquest estat, sinó que també s'identifica en altres estats i

repatriament sumaris de refugiats haitians sense fer una adequada determinació del seu estatut i sense donar-los la possibilitat de fer-se escoltar, vulnerava el dret de cercar i rebre asil en territori estranger, establert a l'article XXVII. En aquest informe, també es considera que els Estats Units vulneren el dret a la vida, a la llibertat i a la seguretat previstos a l'article I, el dret a la igualtat davant la llei de l'article II i el dret de recórrer davant dels tribunals de l'article XVIII de la Declaració americana. The Inter-American Commission on Human Rights, *Haitian interdiction v. United States*, afer No. 10.675, Informe No. 51/96, de 13 de març de 1997, *International Human Rights Reports*, vol. 5, 1998, pàgs. 157-159.

⁸¹ Dues decisions d'apel·lació confirmen la interpretació sobre el dret de refugi intern dels Estats Units tal com va ser desenvolupat a la decisió *Sale*. En elles es va considerar que les persones no tenien drets reconeguts ni sota la Constitució dels Estats Units, el dret intern o el dret internacional perquè no es trobaven ni dins dels Estats Units *ni a les seves fronteres*. Els immigrants afectats que no tenen dret a l'assistència jurídica lletrada, no tenen dret a no ser repatriats involuntàriament, i no tenen dret al procediment previst o a la protecció igual de drets que les altres persones que es troben en el territori de l'estat, perquè es considera que van ser interceptats i situats fora del territori dels Estats Units, tot i que els EEUU exercís *sobirania funcional*, és a dir, control absolut autoritat i jurisdicció sobre aquella zona. Decisions de la Court of Appeals (11th Circuit) de 18 de gener de 1995, en els afers *Cuban American Bar Association, Inc., v. Christopher*, 43 F.3d 1412, i *Haitian Refugee Center, Inc., v. Christopher*, 43 F.3d 1431; segons Thomas David Jones, "Aliens-interdiction of Cubans and Haitians on high seas-rights of Cubans and Haitians in safe haven outside United States", *AJIL*, vol. 90, núm. 3, juliol de 1996, pàgs. 477-483.

⁸² Entre els afers que han tingut un impacte considerable en la doctrina es troben la decisió de la Cort Suprema dels Estats Units de 15 de juny de 1992, en el cas *United States v. Álvarez-Machain*, *CCH Supreme Court Bulletin*, 52, pàgs. B 2701-2734 [traduïda al castellà a *Tapia*, any XI, núm. 65, setembre de 1992, pàgs. 25-34. Sobre aquest afer, Comité Jurídico Interamericano, *Opinión jurídica sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América*, CIJ/RES.11-15/92 (l'actuació de les autoritats dels Estats Units es considera contrària a la sobirania territorial de Mèxic i, per tant, a un dels principis fonamentals de dret internacional); Michael J. Glennon, "State-Sponsored Abduction: A Comment on *United States v. Alvarez-Machain*", *AJIL*, vol. 86, núm. 4, 1992, pàgs. 746-756; Malvina Halberstam, "In defense of the Supreme Court Decision in *Alvarez-Machain*", *ibidem*, pàgs. 736-746]. I també les decisions en els casos *Breard* i *Lagrand* sobre la interpretació de la Convenció de Viena sobre Relacions Consulars i el valor jurídic de les mesures provisionals dictades pel Tribunal Internacional de Justícia. Supreme Court (USA), decisió de 14 d'abril de 1998, afer *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998), [sobre aquest afer, Amnesty International, "United States of America. The Execution of Ángel Breard: Apologies Are Not Enough", *Report AMR 51/27/98*, maig de 1998, Francisco Jiménez García, "Tribunal Internacional de Justicia.-Asunto relativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. EEUU de América). Solicitud de medidas cautelares. Providencia de 9 de abril de 1998", *REDI*, vol. L, núm. 2, 1998, pàgs. 129-134; Louis Henkin, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States", *AJIL*, vol. 92, núm. 4, 1998, pàgs. 679-683; Jordan J. Paust, "*Breard* and treaty-Based Rights under the Consular Convention", *ibidem*, pàgs. 691-697; Anne-Marie Slaughter, "Court to Court", *ibidem*, pàgs. 708-713]; i Supreme Court (USA) decisió 3 de març de 1999, afer *The Federal Republic of Germany et al. v. United States et al. on application for temporary restraining order or preliminary injunction and on motion for leave to file a bill of complaint*, 526 U.S. (1999)-119 S.Ct. 1016 (1999), [sobre aquest afer, William J Aceves, "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Federal Republic of Germany v. United States). Provisional Measures Order", *AJIL*, vol. 93, núm. 4, pàgs. 924-928].

regions, inclosa l'àrea europea⁸³, on també s'han produït alguns casos de refús en frontera.

245. EL CAS DEL *EAST SEA*. El 17 de febrer de 2001 va arribar a les costes de França el *East Sea*, un vaixell amb pavelló de conveniència de la *Cambodia Shipping Corporation*, amb seu a Singapur, amb uns 900 immigrants a bord. El vaixell presumiblement era propietat d'un armador siria. Els viatgers eren 250 homes, 180 dones i 480 nens, agrupats en 43 famílies, que havien pagat una mitjana de 2.000 dòlars els adults i 1.500 els nens (entre 200 i 300 dòlars per passar de l'Iraq a Turquia i la resta pel passatge en el vaixell). La majoria de persones eren kurds que provenien de Turquia, alguns d'ells membres del PKK, i d'altres, d'origen siria.

De les investigacions s'extreia que el vaixell probablement havia fet escala en algun port grec, i que havia estat embarrancat deliberadament per la tripulació, de nacionalitat grega, que va fugir abans de l'arribada dels socorristes francesos. El destí del vaixell era probablement el Regne Unit o Alemanya, països que podien servir de pont cap als Estats Units d'Amèrica per als immigrants. Les autoritats franceses van acollir-los en una part del camp militar de Fréjus, amb la consideració de *zona d'espera* i, finalment, davant de la pressió de les associacions humanitàries, es va decidir donar-los llibertat de moviments.

Es va descartar que cap d'ells pogués ser repatriat a l'Iraq, i, pel que feia a retornar-los al punt d'embarcament, les possibilitats d'èxit eren remotes. Es sospitava que havien sortit d'algun punt de les costes de Turquia, i aquest país negava que haguessin sortit d'un dels seus ports. Aquests esdeveniments es van produir en el context d'unes relacions poc favorables entre Turquia i França, pel reconeixement per part de les autoritats franceses del genocidi armeni⁸⁴.

⁸³ S'ha considerat que l'aproximació de la política americana, amb les intercepcions davant dels fluxos de demandants d'asil és, en definitiva, la mateixa que la dels acords de Schengen i Dublín. En tots dos casos prima la conservació del dret de refusar o expulsar qualsevol demandant d'asil sense procedir a un examen immediat de la condició de la persona. En aquest sentit, es diu que l'interès intern dels estats pesa més que els drets humans de qui defuig persecucions. Kenneth Regensburg, "Refugee Law Reconsidered: Reconciling Humanitarian Objectives with the Protectionist Agendas of Western Europe and the United States", *CILJ*, vol. 29, núm. 1, 1996, pàg. 257. També comenten aquesta decisió, posant-la en relació amb opcions adoptades a Europa, per exemple, Roger Pinto, "Le Conseil constitutionnel et la Cour Suprême des États-unis confrontés au droit international. Entrée et séjour des étrangers", *loc. cit.*, pàgs. 303-343; Pierre-Henri Prelot, Martin Rogoff, "Note de jurisprudence. La Cour Suprême des États-unis et l'affaire des réfugiés haïtiens (*Sale vs Haitian Centers Council, Inc.*, 113 s. ct. 2549 (1993))", *RDP*, núm. 5, setembre-octubre de 1994, pàgs. 1529-1550. Franck Moderne ha considerat, que, malgrat tot, no pot predir-se si en un cas similar al plantejat als Estats Units les jurisdiccions constitucionals europees sostindrien el mateix raonament que les jurisdiccions d'aquest estat, sobretot en el cas on l'asil és reconegut a la Constitució, i quan es tracti d'accions preventives que *neutralitzen* tota temptativa de prevaler-se de les normes internes i internacionals. Això no obstant, altres procediments introduïts en els sistemes europeus produïrien efectes de dissuasió pròxim a la intercepció per la força, com l'establiment de sancions als transportistes que duguin persones sense la documentació que els autoritzi a entrar a les fronteres d'un país europeu. Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les états de l'Union européenne*, Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pàgs. 89-93.

⁸⁴ J. Ramon González Cabezas, "El Gobierno francés permite que los refugiados kurdos puedan circular libremente" i "El reto de la inmigración. La odisea de los 'sin papeles' en la Costa Azul", *La Vanguardia*, de 20 i 21 de febrer de 2001 (la informació sobre el cas també prové d'altres articles

Aquest esdeveniment va provocar moltes crítiques en el país pel fet de considerar la base militar de Fréjus com una zona d'espera, quan, segons l'article 35 *quater* de l'*Ordonnance* 45-2658 sobre les condicions d'entrada i estada dels estrangers França, els estrangers que arribaven a França per via marítima o aèria no autoritzats a entrar en el territori podien ser mantinguts *en la zona d'espera del port o de l'aeroport* durant el temps necessari per a que se n'anessin o es determinés si tenien dret d'entrar, si demanaven asil. La normativa va modificar-se després per evitar altres casos en la ratlla de la il·legalitat o directament il·legals com aquest, l'any 2003, i la zona d'espera va ampliar-se a llocs en un port *o prop del lloc de desembarcament* o en un aeroport⁸⁵.

246. ELS CASOS DEL *KADER I RADES* I DEL *MONICA*. El 28 de març de 1997, el buc de guerra italià *Sibilla* va provocar el naufragi a 35 milles marines del *Kader I Rades*, vaixell albanès amb refugiats i immigrants de la mateixa nacionalitat que provaven d'arribar a les costes italianes. L'acció s'emparava en un acord entre els ministres d'afers estrangers italià i albanès pel qual s'autoritzava els vaixells de guerra italians a abordar en aigües internacionals o en aigües albaneses els vaixells que transportessin persones que suposadament pretenien entrar il·legalment a Itàlia. El cas va ser objecte d'una declaració d'inadmissibilitat per part del Tribunal Europeu de Drets Humans⁸⁶. L'any 1991 també es va produir un *refús* en les costes d'Itàlia de persones albaneses que cercaven protecció⁸⁷.

El març de 2002, amb pocs dies de diferència, van arribar, el 7 de març de 2002, un vaixell amb una cinquantena d'immigrants majoritàriament nordafricans, i el 18 de març, el *Monica*, amb 900 kurds a bord. En el primer cas, el vaixell que els va assistir, el *Elide*, va acusar a un vaixell de la marina italiana, el *Cassiopea*, de no actuar per ajudar els immigrants que es trobaven en una situació de perill; i, en el segon, les autoritats italianes van abordar el vaixell, la maquinaria del qual havia estat prèviament inutilitzada per la pròpia tripulació. Finalment van escortar-lo fins al port de Catània, a Sicília⁸⁸.

d'agència publicats entre el 18 i el 21 de febrer en aquest diari); i Ximena Hinrichs, "Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related perspectiva", *RBDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 2003, pàgs. 445-446.

⁸⁵ Article 50.I.1 de la *Loi n° 2003-1119 du 26 novembre relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, *JORF* de 27 de novembre de 2003, pàgs. 20136-20154. Recollit ara a l'article L.221.1 del *Codi d'entrada i estada d'estrangers i del dret d'asil*, *Ordonnance n° 2004-1248 du 24 de novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, *JORF* de 25 de novembre de 2004, text 12/119.

⁸⁶ TEDH (4ª secció), decisió sobre l'admissibilitat d'11 de gener de 2001, en l'afer *Viron Xhavara et quinze autres contre l'Italie et l'Albanie*, núm. 39473/98.

⁸⁷ Bruno Nascimbene, "The Albanians in Italy: The Right of Asylum under Attack?", *IJRL*, vol. 3, núm. 4, 1991, pàgs. 714-720. Referint-se a aquests casos, Jean-Marie Henckaerts, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *loc. cit.*, pàg. 316; *id.*, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, *op. cit.*, pàg. 99-107; Robert L. Newmark, "Non-Refoulement Run Afoul: The Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs", *loc. cit.*, pàgs. 849-853.

⁸⁸ Ximena Hinrichs, "Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related

247. EL CAS TAMPA. El 26 d'agost de 2001, després de rebre un avís de les autoritats australianes, el capità de vaixell *MV Tampa*, Arne Rinnan, de nacionalitat noruega, va rescatar 433 persones en aigües internacionals prop de la *Christmas Island* i els va acollir a bord. La majoria eren afganesos i van escriure una carta al govern d'Austràlia exposant la seva situació en el país d'origen i sol·licitant asil. El 29 d'agost el capità va considerar que algunes de les persones rescatades necessitaven atenció mèdica urgent, va demanar assistència, i va conduir el vaixell cap a aigües territorials australianes, a 4 milles nàutiques de la *Christmas Island*. El *Secretary of Department of Immigration and Multicultural Affairs* va decidir no permetre el desembarcament, tancar els ports i, quan el vaixell ja era en aigües territorials, 45 soldats de les *Special Armed Services* (SAS), de la *Australian Defence Force*, van abordar el *Tampa*. El 31 d'agost es van presentar dos recursos, un per part del *Victorian Council of Civil Liberties* i l'altre per part del Sr. Eric Vardalis, contra el ministre d'immigració i afers multiculturals, Mr Ruddock, el *Attorney-general*, el ministre de defensa i la *Commonwealth d'Australia*. Aquests darrers, els demandats, basaven la seva posició en que la responsabilitat d'acollir els rescatats era bé d'Indonèsia, lloc de destí del vaixell i cap on s'adreçava abans de demanar ajut, o bé de Noruega, estat d'on eren nacionals el vaixell i el seu capità.

La *Federal Court of Australia* va decidir l'11 de setembre de 2001 no acceptar el primer argument dels demandants, segons el qual les persones rescatades tenien dret de demanar visats com a refugiats (*protection visa*) en aplicació de la *Migration Act*, però sí va acceptar el segon argument, que feia referència a la situació de domini de les autoritats sobre els demandants d'asil. Es va considerar que, pel fet de la intercepció del vaixell per part de les forces australianes, aquestes darreres tenien el control de la situació de les persones del vaixell, les quals, des d'aquest punt de vista, estaven en situació de *detenció*. Aquesta detenció, d'acord amb la normativa vigent, no estava basada en una autoritat legítima (*lawful*).

El jutge North va fixar un termini que acabava a les 17:00 del divendres 14 de setembre per a que el govern posés en marxa el retorn de les persones que, rescatades a bord del *Tampa*, havien estat traslladades al buc de guerra *Manoora* i que ja estaven sent conduïdes a Nauru, país que havia acceptat rebre-les (excepte 150 que anaven a ser dutes a Nova Zelanda)⁸⁹. El 18 de setembre, l'apel·lació del govern australià respecte d'aquesta decisió va prosperar per majoria de dos jutges de tres, sobre la base de l'argument que la constitució dóna poder a l'executiu per fer tot allò que va fer per evitar l'arribada en el territori de les persones rescatades a bord del *Tampa*⁹⁰.

perspective", *loc. cit.*, pàgs. 446-447.

⁸⁹ Federal Court of Australia (Austràlia), *Victorian Council for Civil Liberties Incorporated versus Minister for Immigration & Multicultural Affairs & Ors V 899 of 2001*, *Eric Vardalis v Minister for Immigration & Multicultural Affairs & Ors V 900 of 2001*; on també es descriuen els fets.

⁹⁰ Federal Court of Australia (Austràlia), *Minister for Immigration & Multicultural Affairs & Ors v Eric Vardalis V 1007/01*, *Minister for Immigration & Multicultural Affairs & Ors v Victorian Council for Civil Liberties Incorporated & Ors V 1008/01*.

248. Aquests fets van precipitar les reformes de la legislació sobre immigració d'Austràlia, iniciades l'any 1999, amb la introducció del *Temporary Protection Visa* (TPV)⁹¹. Des de 1994, tothom qui, havent arribat a Austràlia es considerava refugiat, tenia accés immediat a un *protection visa*, que proporcionava determinats avantatges, entre els quals una residència permanent. El 20 d'octubre de 1999, amb l'argument d'evitar l'efecte "crida" d'aquests avantatges, l'abús dels procediments per part d'aquells qui arriben il·legalment, i les pràctiques dels traficants que faciliten l'arribada il·legal a Austràlia, es va introduir la modalitat del TPV. Arran dels incidents del *Tampa*, que varen tenir una certa repercussió mediàtica arreu del món, es van aprovar també algunes modificacions de la legislació fins aleshores existent. Aquestes modificacions van ser, principalment, les següents:

En primer lloc, la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001* N° 127, va definir i establir el règim de la *excised offshore place*, que consisteix en la supressió d'un determinat nombre de llocs i instal·lacions de la *zona migratòria* als efectes de limitar la possibilitat que persones que entren prop de la costa del país facin demandes de visat vàlides.

En segon lloc, la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001* N° 128, va modificar *Migration Act 1958*, va establir algunes de les conseqüències que tenia la supressió de llocs de la zona de migració per als immigrants que hi arribessin: la seva detenció, la possibilitat de retorn o enviament a països tercers determinats, i la impossibilitat de recurs judicial contra determinades mesures adoptades per les autoritats governamentals en aquests àmbits. També va modificar la *Migrations Regulations 1994* respecte de les condicions per demanar vàlidament visats de protecció, de refugiat o humanitari, especialment pel que fa a introduir una clàusula segons la qual els demandants no podien haver estat continuadament set dies enlloc on haguessin pogut obtenir protecció efectiva d'un estat directament o a través de les oficines de l'ACNUR que hi estiguessin instal·lades.

249. Les persones que arriben a una *excised offshore place* són considerades *excised offshore persons* i són generalment detingudes, excepte quan es tracta de persones d'edat avançada o amb necessitats mèdiques urgents. L'individu és llavors sotmès a una *entry interview* per determinar la seva identitat, i si Austràlia té obligacions de protecció internacional. Si es considera que podrien ser aplicables aquestes obligacions, la persona passa a ser candidata a una *onshore protection interview*, una entrevista més substantiva que valorarà la demanda de protecció. En definitiva, s'estableix un règim especial per a aquestes persones que, a uns efectes es considera que són dins del territori i han fet una entrada il·legal (*onshore protection interview* i possible *onshore*

⁹¹ Les reformes normatives també van significar una reducció dels drets econòmics i socials dels demandants d'asil, que van ser criticades per la doctrina, Savitri Taylor, "Do On-Shore Asylum Seekers have Economic and Social Rights? Dealing with the Moral Contradiction of Liberal Democracy", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 1, 2000, pàgs. 70-97.

resettlement, autorització ministerial per presentar demandes de visat d'entrada i protecció), i que, a uns altres efectes es considera que són fora. Si es considerés sempre que són fora del territori, llavors podrien demanar un visat de protecció permanent; però les *excised offshore persons* no poden demanar ni obtenir mai directament un primer visat de protecció permanent, només un TPV, i únicament passats un mínim de 30 mesos podran demanar un altre tipus de visat, que pot ser permanent, però que únicament podrà ser del tipus *protection visa*.

Les persones que entren il·legalment no poden presentar vàlidament demandes de visat de cap tipus, excepte si el Ministre ho autoritza, d'acord amb l'article 46A de la *Migration Act 1958*, per raons d'interès públic. La regla és que les persones que entren il·legalment a Austràlia únicament puguin obtenir, si es donen les circumstàncies humanitàries pertinents, un *Temporary Protection Visa* (TPV), que té una durada màxima de tres anys, si són *prima facie* refugiats o estan en una situació que suposa obligació de protecció. Les altres persones que arriben sense autorització són allunyades d'Austràlia tant aviat com és raonablement possible.

En tercer lloc, la *Migration Amendment Act (Nº 6) 2001* Nº 131, va modificar les disposicions de la *Migration Act 1958* respecte del *protection visa* i va establir quina havia de ser la interpretació de determinats conceptes per tal de considerar una persona com mereixedora d'un *protection visa*.

Finalment, la *Migration Legislation Amendment (Transitional Movement) Act 2002*, Nº 10, va regular el tractament que podia donar-se a les *transitory persons*, bàsicament, aquelles que han entrat en llocs que estan fora de la *migration zone*, a les costes australianes: possibilitat de retornar-les a determinats països, de dur-les dins de la *migration zone* australiana, i la prohibició de introduir procediments judicials respecte de les decisions adoptades⁹².

b.1. La intercepció de vaixells en el mar en el marc del dret internacional marítim

250. EL DEURE D'ASSISTÈNCIA ALS DEMANDANTS D'ASIL EN PERILL EN EL MAR. En Dret Internacional marítim diverses disposicions convencionals estableixen l'obligació dels capitans de vaixells de proporcionar assistència i rescatar, si és necessari, les persones que es troben en perill en el mar, i l'obligació dels estats riberencs de preveure serveis adequats de vigilància i rescat⁹³. Els vaixells que responen a demandes d'ajut per part de

⁹² Totes les normes que es citen en aquest apartat estan disponibles a l'adreça <http://scaleplus.law.gov.au/html/comact/browse/TOCN.htm> Comentant els canvis legislatius descrits a Austràlia, Jana Mason (U.S. Committee for Refugees), *Sea Change: Australia's New Approach to Asylum Seekers*, febrer de 2002; Penelope Mathew, "Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa", *AJIL*, vol. 96, núm. 3, 2002, pàgs. 661-676; i també, Human Rights Watch, "By Invitation Only" *Australian Asylum Policy*, vol. 14, núm. 10 (C), desembre de 2002.

⁹³ El paràgraf 2.1.10 de l'Annex de la *Convenció Internacional sobre Recerca i Rescat Marítim* (SAR) d'Hamburg, de 27 d'abril de 1979, estableix que *Les parts han de garantir que es proporciona assistència a tothom que es trobi en perill en el mar. Han de fer-ho independentment de la nacionalitat o*

persones que es troben en el mar, com ho ha manifestat l'ACNUR, no participen per aquest motiu en pràctiques d'intercepció⁹⁴.

Els rescats no han de tenir en compte ni la nacionalitat ni l'estatut ni les circumstàncies en que es troben les persones que són en perill. Partint de l'objectiu de les normes que preveuen l'obligació d'assistència i rescat, per tant, és indiferent que les persones que es troben en situació de perill siguin refugiats, demandants d'asil, immigrants que es troben en situació il·legal o un altre tipus de persones. El problema sorgeix però, precisament quan entren en conflicte l'obligació d'assistència i rescat amb les polítiques internes dels estats d'evitar l'arribada de demandants d'asil al país, per qualsevol mitjà. A Espanya, des de l'estiu de 2002 s'està implantant progressivament el *Sistema Integrat de Vigilància a l'Estret i en alta mar* (SIVE) a la costa andalusa i algunes de les illes Canàries, que és un sistema operatiu que permet detectar de des lluny les embarcacions que s'adrecen a territori espanyol, i que recolza tant la política de seguretat interna i de lluita contra el narcotràfic i immigració il·legal, com també facilita l'exercici de les funcions de rescat⁹⁵.

El rescat, d'acord amb la *Convenció Internacional sobre Recerca i Rescat Marítim* de 27 d'abril de 1979, significa

*Una operació per recuperar persones que es troben en perill, proporcionar-los una primera assistència mèdica i satisfer altres necessitats, i dur-los a un lloc segur*⁹⁶.

El rescat de demandants d'asil en perill en el mar planteja diverses qüestions. En primer lloc, quin significat té l'expressió *lloc segur*, si es tracta d'un lloc en terra, fins a

l'estatut d'aquestes persones o les circumstàncies en què es trobin. El deure de prestar auxili es contempla a l'article 98 de la Convenció de les Nacions Unides sobre el Dret del Mar (UNCLOS), de Montego Bay de 10 de desembre de 1982, 1. Tot estat exigirà al capità d'un buc que enarbori el seu pavelló que, sempre que pugui fer-ho sense perill greu per al buc, la seva tripulació o els seus passatgers: a) presti auxili a tothom que es trobi en perill de desaparèixer en el mar; b) s'adreci el més de pressa que pugui a prestar auxili a les persones que estan en perill, tant bon punt sàpiga que necessiten socors i sempre que tingui una possibilitat raonable de fer-ho; c) en cas d'abordatge, presti auxili a l'altre buc, a la seva tripulació i als seus passatgers i, quan sigui possible, comuniqui a l'altre buc el nom del seu, el seu port de registre i el port més pròxim on farà escala. 2. Tot estat riberenc fomentarà la creació, el funcionament i el manteniment d'un servei de recerca i salvament adequat i eficaç per garantir la seguretat marítima i aèria i, quan les circumstàncies ho exigeixin, cooperarà per a aquesta fi amb els estats veïns mitjançant acords mutus regionals. La Convenció per a la Seguretat de la Vida en el Mar (SOLAS), de Londres d'1 de novembre de 1974, també recull a la Regulation 15 del Capítol V que els estats han de garantir que s'han pres les mesures necessàries per a la vigilància de les costes i per al rescat de persones en perill en el mar entorn de les seves costes. També configuren el dret internacional convencional sobre aquesta qüestió, la Convenció sobre Facilitació del Tràfic Marítim Internacional, de 1965, que es refereix a la facilitació del trànsit de vaixells que participen en operacions d'emergència, o la Convenció sobre Salvament, de 1989, que també estableix l'obligació dels capitans de vaixells de rescatar les persones en perill i l'obligació dels estats parts de cooperar per assegurar l'èxit dels salvaments en el mar.

⁹⁴ Comitè Executiu de l'ACNUR, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, de 10 d'octubre de 2003, N° 97 (LIV) 2003, §7 del preàmbul.

⁹⁵ Ministerio del Interior, Guardia Civil, *Sistema Integrado de Vigilancia Exterior* (SIVE).

⁹⁶ Paràgraf 2 de l'Annex.

quin punt els estats estan obligats a permetre l'accés al seu territori quan s'ha produït un rescat i, envers quin *lloc segur* cal dur les persones rescatades. En segon lloc, també sorgeix el dubte sobre quin és l'estat responsable d'examinar les demandes d'asil.

251. EL *LLOC SEGUR* PER AL DESEMBARCAMENT. Un dels problemes que el cas *Tampa* va posar més en relleu des del punt de vista normatiu va ser precisament que les normes internacionals no resolien completament la qüestió l'abast exacte de l'obligació de rescat, en la mesura que no es concretava la qüestió del *lloc segur*. Com va exposar Richard Barnes, el dret internacional marítim hi havia *una llacuna crucial entre el rescat i el desembarcament* que podria ser coberta, per exemple, amb la creació de dues obligacions correlatives: del vaixell assistent de desembarcar les persones en el següent port d'escala, i de l'estat costaner del port, que hauria de permetre el desembarcament⁹⁷.

De tota manera, l'àmplia capacitat de decisió de l'estat costaner i la manca d'obligacions concretes al respecte en el dret internacional marítim facilita les posicions obstructives, com la de barrar l'entrada de persones rescatades perquè podrien presentar demandes d'asil, encara que aquestes pràctiques puguin ser considerades contràries als drets humans⁹⁸.

Esdeveniments com els del *Tampa* que implicaven la protecció de demandants d'asil, va fer que, a finals de l'any 2001, l'Assemblea de l'*Organització Marítima Internacional* adoptés la resolució A.920(22), on reconeixia la necessitat de considerar si calia adoptar noves mesures per millorar la seguretat en el mar i reduir els riscos per a la vida de les persones, especialment, en les operacions de rescat. Concretament, es demanava que el òrgans pertinents consideressin les mancances de la normativa internacional i prenguessin les accions necessàries per a que:

els supervivents de fatídics incidents rebin assistència independentment de la seva nacionalitat o estatut o de les circumstàncies en què són trobats;

els vaixells que han rescatat persones en perill al mar puguin lliurar els supervivents en un lloc segur; i

*els supervivents, independentment de la seva nacionalitat o estatut, incloent-hi els immigrants indocumentats, demandants d'asil, refugiats i polissons, siguin tractats mentre siguin a bord de la manera que prescriuen els instruments més importants de la Organització Internacional Marítima i d'acord amb els convenis internacionals i les tradicions marítimes humanitàries ancestrals*⁹⁹.

El 20 de maig de 2004, el Comitè Marítim de Seguretat va adoptar tres resolucions en què s'esmenaven la *Convenció per a la Seguretat de la Vida en el Mar* (SOLAS) i la *Convenció Internacional sobre Recerca i Rescat Marítim* (SAR), i es proporcionaven unes *guidelines* per al tractament de les persones rescatades en el mar.

252. En les dues primeres resolucions, 153(78) d'adopció d'esmenes al SOLAS, i

⁹⁷ Richard Barnes, "Refugee Law at Sea", *ICLQ*, vol. 53, gener de 2004, pàg. 76.

⁹⁸ *Ibidem*, pàgs. 76-77.

⁹⁹ Assemblea de la Organització Internacional Marítima (OIM), *Resolution A.920(22)*, adoptada el 29 de novembre de 2001, A 22/Res.920, 22 de gener de 2002, §1.

155(78) d'adopció d'esmenes al SAR, es posava en relleu la necessitat de clarificar els procediments per garantir que es proporcionaria a les persones rescatades en el mar un lloc segur, independentment de la seva nacionalitat, estatut, o de les circumstàncies en què havien estat trobades. Amb uns termes gairebé idèntics, totes dues van esmenar els instruments respectius, amb una nova disposició que estableix que

Els governs contractants/les parts han de coordinar-se i de cooperar per assegurar que els capitans dels vaixells que proporcionen assistència embarcant persones en perill en el mar es lliuren de les seves obligacions amb una desviació mínima del viatge previst pels vaixells, sempre que l'alliberament del capità del vaixell d'aquestes obligacions no posi més en perill la seguretat de la vida en el mar. Els governs contractants/les parts responsables de la regió de recerca i rescat on s'ha prestat assistència han d'exercir la responsabilitat principal per garantir que aquesta coordinació i cooperació s'esdevé, de manera que els supervivents assistits són desembarcats des del vaixell d'assistència i deixats en lloc segur., tenint en compte les circumstàncies particulars del cas i les guidelines desenvolupades per l'Organització. En aquests casos els governs contractants/les parts han de procurar que aquest desembarcament es faci el més aviat que sigui raonablement possible¹⁰⁰.

A la resolució 153(78), s'afegeix també al SOLAS que l'obligació de proporcionar assistència s'aplica *independentment de la nacionalitat o l'estatut* de les persones o les *circumstàncies en que han estat trobades*.

La resolució 155(78) que esmena el SAR, s'estableix que els Centres de Coordinació de Rescats (RCC's) han de cooperar per tal d'*identificar les llocs més apropiats per desembarcar les persones que han estat trobades en perill en el mar*. Les esmenes al SOLAS i al SAR està previst que entrin en vigor l'1 de gener de 2006.

La resolució 165(78), adopta unes *Guidelines sobre el tractament de les persones rescatades en el mar*. Les prioritats de les línies directrius són l'assistència de les persones en perill en el mar, la preservació de la integritat i de l'eficàcia dels serveis de recerca i rescat en el mar, i el relleu dels capitans dels vaixells de les seves obligacions després que han assistit persones. Pel que fa a aquesta darrera qüestió, que és precisament la que implica que les persones rescatades puguin arribar a un lloc segur, és a dir, tenir accés al territori d'un estat, els paràgrafs 6.3 i 6.8 de les *guidelines* estableixen que

Un vaixell no ha de ser sotmès a un retard indegut, una càrrega financera o altres dificultats connexes després d'assistir persones en el mar; per tant els estat riberencs han de rellevar el vaixell tant aviat com sigui practicable; i que

Els governs i els Centres de Coordinació de Rescats responsables han de fer tots els esforços per minimitzar el temps que els supervivents romanen a bord del vaixell que els ha assistit.

¹⁰⁰ Comitè de Seguretat Marítima, *Resolution MSC.153(78)*, de 20 de maig de 2004, *Adoption of Amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974, as amended*, MSC 78/26/Add.1, Annex 3, Regulation 33; Comitè de Seguretat Marítima, *Resolution MSC.155(78)*, de 20 de maig de 2004, *Adoption of Amendments to the International Convention on Maritime Search and Rescue, 1979, as amended*, MSC 78/26/Add.1, Annex 5, §3.1.

Pel que fa a la qüestió essencial sobre el *lloc segur*, que abans s'ha destacat, les *guidelines* el defineixen com *un lloc on la seguretat dels supervivents deixa d'estar amenaçada i on els seus drets humans bàsics són coberts*; és el *lloc on les operacions de rescat es considera que han acabat*. També estableixen que el vaixell que ha proporcionat l'assistència no ha de ser considerat un lloc segur *en base únicament al fet que els supervivents ja no estan en situació de perill immediat un cop a bord del vaixell*. Segons les *guidelines* un lloc segur pot ser *en terra*, o també *a bord d'una unitat de rescat o una altre embarcació fins que els supervivents siguin desembarcats*. L'obligació dels capitans de vaixell, per aquest motiu, pot quedar coberta amb el lliurament de les persones rescatades a unitats de rescat del país riberenc, no cal que s'encarregui directament de deixar-les en terra. En el cas dels refugiats i els demandants d'asil, també estableixen que cal evitar el desembarcament en territoris on la seva vida o la seva llibertat podria estar amenaçada¹⁰¹.

253. Tenint en compte que, en determinats casos, les polítiques dels estats d'evitar l'arribada de demandants d'asil i altres immigrants en el seu territori poden contravenir les obligacions de rescatar persones que es trobin en perill en el mar, a les *guidelines* es fan una sèrie de consideracions sobre aquestes qüestions, que s'anomenen expressament *Non-SAR considerations*. Es recorda que les qüestions que fan referència a l'estatut de les persones rescatades, a les demandes d'asil, igual que les que es refereixen a altres qüestions, com els vessaments de petroli, o altres, han de gestionar-se quan els supervivents han estat duts a un lloc segur. La prioritat han de ser les persones:

*Totes les operacions i procediments com els controls i la consideració de l'estatut de les persones rescatades que van més enllà de proporcionar assistència a les persones que es troben en perill no poden dificultar la prestació de l'assistència o ajornar excessivament el desembarcament del supervivents del vaixell que els ha assistit*¹⁰².

A més a més, en l'apèndix de les *guidelines* s'inclouen uns comentaris sobre dret internacional en els quals es recorda que, d'acord amb l'article 18 de la *Convenció de les Nacions Unides sobre el Dret del Mar* (UNCLOS), un vaixell que exerceix el seu dret de pas innocent pot aturar-se en les aigües territorials per *força major*, o per perill, o *amb el propòsit d'oferir assistència a persones, vaixells o aeronaus en perill o amb dificultats*. L'UNCLOS no estableix expressament si hi ha un dret d'entrar a port en cas de perill, tot i que, segons les *guidelines*, d'acord amb el dret internacional consuetudinari, hi hauria un *dret universal, tot i que no absolut* d'entrar a port o en una zona arrecerada *quan hi ha una amenaça clara per a la seguretat de les persones a bord del vaixell*. L'estat costaner només podria refusar l'accés als seus ports si el vaixell suposa una *amença seriosa i inacceptable a la seguretat, el medi ambient o la salut*

¹⁰¹ Comitè de Seguretat Marítima, *Resolution MSC.167(78)*, de 20 de maig de 2004, *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, MSC 78/26/Add.2, §6.12-6.17.

¹⁰² *Ibidem*, §6.20.

*després que la seguretat de les persones que són a bord estigui garantida*¹⁰³. A partir d'aquestes apreciacions, haurien de ser considerats contraris al dret internacional casos com el del *Tampa*, en què hi havia un perill per a les persones que havien estat rescatades i calia arribar ràpidament a port per restablir la seva seguretat.

La determinació de quin és el lloc segur depèn de les circumstàncies del cas de rescat, aquestes circumstàncies poden incloure factors com la situació a bord del vaixell assistent, les condicions de l'entorn, les necessitats mèdiques i les disponibilitats de transport de les unitats de rescat. *Cada cas és únic, i la selecció d'un lloc segur pot haver de tenir en compte una gran varietat de factors importants*¹⁰⁴. Tenint en compte aquestes circumstàncies, però, com s'ha dit abans, són els estats parts responsables de la *regió de recerca i rescat on s'ha prestat assistència* els qui han d'exercir la *responsabilitat principal* per garantir la coordinació i cooperació per garantir que el capità del vaixell pugui lliurar en lloc segur els rescatats.

Enlloc es diu directament que sigui l'estat part riberenc més proper, o amb un port en condicions més proper, el responsable de permetre el desembarcament, o que hi hagi un dret de desembarcar. Sempre cal tenir en compte les circumstàncies del cas, com, per exemple, si el país riberenc podria ser un lloc no segur per als demandants d'asil. Això no obstant, tenint en compte que cal que el desembarcament en lloc segur es faci el més aviat possible, i que el vaixell assistent ha de poder ser rellevat variant el mínim el seu trajecte inicial, s'obté que l'estat part riberenc o l'estat part amb un port en condicions més proper pot ser molt sovint aquell que haurà de permetre el desembarcament dels rescatats.

254. L'ACNUR ha constatat que els instruments de dret internacional marítim no arriben a referir-se a la responsabilitat dels estats costaners en el desembarcament dels rescatats, però *òbviament, els estats costaners amb costes particularment llargues, aquells que tenen una àrea de cobertura àmplia per a les operacions de recerca i rescat i aquells que es troben situats en les rutes marítimes més importants, estaran particularment afectats*¹⁰⁵. Quan el rescat es produeix en aigües territorials d'un estat, a més, la responsabilitat clarament és d'aquest estat.

*L'estat dins de la sobirania territorial del qual, o en les aigües territorials del qual, ha tingut lloc una intercepció té la responsabilitat primordial de proporcionar tota la protecció necessària per a les persones interceptades*¹⁰⁶.

¹⁰³ *Ibidem*, Apèndix, §6.

¹⁰⁴ *Ibidem*, §6.15.

¹⁰⁵ ACNUR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and refugees rescued at sea*, 18 de març de 2002, discutida a la taula rodona *Rescue-at-Sea: Specific Aspects Relating to the protection of Asylum-Seekers and Refugees* de Lisboa, 25-26 de març de 2002, en el marc de les *Global Consultations on International Protection*, §7

¹⁰⁶ Comitè Executiu de l'ACNUR, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, de 10 d'octubre de 2003, N° 97 (LIV) 2003, §(a) i.

Per a l'ACNUR, també és defensable que, fins i tot si el rescat s'ha produït en alta mar, l'estat costaner és el responsable, especialment si aquest rescat s'ha fet en el context d'operacions que incloïen actes d'intercepció¹⁰⁷.

En el cas dels demandants d'asil, la fi del rescat i l'accés a un lloc segur comporten la clarificació del seu estatut amb l'accés a un procediment just i eficient d'asil, la qual cosa suposa l'admissió en el territori d'un estat, al menys, provisionalment. Precisament per aquest motiu alguns estats han qüestionat l'abast de les seves responsabilitats, sobretot quan es tractava del rescat de demandants d'asil, ajornant o impedit que es produís el desembarcament. Malgrat això, com posen en relleu les esmenes al SAR i al SOLAS, el dret de ser rescatat i d'accedir a un lloc segur quan hom és en perill en el mar és un dret per a la preservació de la vida humana en les millors condicions, que no té en compte altres consideracions, i que no cedeix davant determinades polítiques migratòries internes. Únicament circumstàncies de força major o de perill greu per a l'estat podrien fer que l'estat part riberenc més proper no fos el lloc segur més adequat per desembarcar els demandants d'asil rescatats, però aquesta eventualitat forma part del conjunt de circumstàncies que han de ser valorades per determinar quin és exactament el lloc segur per a l'acabament del rescat. L'accés a un procediment per a la determinació de la qualitat de refugiat o per a la concessió d'asil és igualment aplicable en el cas dels demandants d'asil rescatats en el mar, tot i que, com en qualsevol altre cas, no és un dret respecte d'un estat en concret, sinó respecte de l'estat del *lloc segur* del desembarcament.

Segons l'ACNUR, no es pot excloure que l'accés a un procediment d'asil es pugui fer a bord del vaixell però, en tot cas, serà només en casos excepcionals, depenent de les condicions del vaixell i del nombre de persones implicades. Pot ser impracticable si hi ha un nombre considerable de demandants d'asil o si la seva situació física i psíquica desaconsella un inici i desenvolupament immediats del procediment¹⁰⁸.

255. LA RESPONSABILITAT D'EXAMINAR LES DEMANDES D'ASIL. Finalment, pel que fa al quin és l'estat responsable d'examinar una demanda d'asil presentada per persones rescatades en el mar, això dependrà del lloc on s'ha produït el rescat i el desembarcament.

En primer lloc, si el rescat s'ha produït en aigües territorials, i l'estat que hi exerceix jurisdicció no és un lloc on les persones podrien ser sotmeses a persecució o a tractaments prohibits pel dret internacional, en principi, seran responsables de l'examen de la demanda d'asil les autoritats d'aquest estat. El principi de *non-refoulement* s'aplica sense limitacions pel que fa al territori de l'estat, per la qual cosa, el demandant d'asil que està sota la jurisdicció de l'estat en les aigües territorials d'aquest té el dret de

¹⁰⁷ ACNUR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and refugees rescued at sea*, 18 de març de 2002, *loc. cit.*, §9.

¹⁰⁸ *Ibidem*, §24.

no ser refusat¹⁰⁹ i, així, a un asil provisional. Malgrat això, si les circumstàncies imposen el desembarcament en un altre estat, l'estat on el demandant ha estat rescatat podria no fer-se càrrec del demandant d'asil.

En segon lloc, quan el rescat es fa en zones marítimes no sotmeses a la jurisdicció d'un estat, el principi de *non-refoulement* continuarà sent aplicable, però l'estat responsable d'examinar una demanda d'asil dependrà d'altres consideracions. Aquest serà, normalment, l'estat on s'esdevé el desembarcament, l'estat del *lloc segur*, determinat cas per cas. Per a l'ACNUR, no es pot excloure que l'estat de la nacionalitat del vaixell sigui en alguns casos responsable. Això pot succeir si les persones rescatades volen presentar demandes de protecció davant l'estat del pavelló i si el nombre reduït permet que el desembarcament es produeixi en el territori d'aquest estat. Si les circumstàncies ho requereixen es pot produir un desembarcament provisional en un tercer estat, sense que aquest sigui responsable dels demandants d'asil. Per a l'ACNUR, la responsabilitat de l'estat del pavelló no es pot presumir, però pot resultar de les circumstàncies del rescat. Per exemple, aquesta responsabilitat pot resultar de l'*efecte acumulatiu de la intenció original dels demandants sobre el seu destí i la intercepció deliberada de l'estat per prevenir que els demandants d'asil assoleixin el seu destí final*, fins i tot si la intercepció i/o el rescat es produeixen el alta mar¹¹⁰.

D'acord amb la Conclusió núm. 97 (LIV) del Comitè executiu de l'ACNUR,

Les mesures d'intercepció no han de tenir per resultat que es negui als demandants d'asil i als refugiats accés a la protecció internacional, o que les persones que necessiten protecció internacional siguin retornades, directament o indirecta, a les fronteres de territoris on la seva vida o llibertat està amenaçada degut a un dels motius de la Convenció [de Ginebra], o on té altres motius per ser protegit d'acord amb el dret internacional. Les persones interceptades que tenen necessitat de protecció internacional han de tenir accés a solucions durables¹¹¹.

b.2. La intercepció de vaixells en el mar en el marc de dret internacional per a la lluita contra crim transnacional organitzat: les clàusules de salvaguarda per a la protecció dels refugiats i demandants d'asil

256. La intercepció de vaixells en el mar és una pràctica legítima quan té per objecte i resultat lluitar contra el tràfic de persones i la immigració il·legal, i està reconeguda en el *Protocol contra el tràfic il·lícit d'immigrants per terra, mar i aire, que completa la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional*, adoptat el 15 de novembre de 2000 i que va entrar en vigor el 28 de

¹⁰⁹ Mark Pallis, "Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes", *IJRL*, vol. 14, núm. 2/3, 2002, pàgs. 342-344.

¹¹⁰ ACNUR, *Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and refugees rescued at sea*, 18 de març de 2002, *loc. cit.*, §25-26.

¹¹¹ Comitè Executiu de l'ACNUR, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, de 10 d'octubre de 2003, N° 97 (LIV) 2003, §(a) iv.

gener de 2004¹¹².

El paràgraf 2 de l'article 8 del Protocol estableix que

Qualsevol estat part que tingui motius raonables per sospitar que un buc que estigui fent ús de la llibertat de navegació d'acord amb el dret internacional i que enarbori el pavelló o dugui matrícula d'un altre estat part està involucrat en el tràfic il·lícit de migrants per mar podrà notificar-ho a l'estat del pavelló, demanar-li que confirmi i, si la confirma, sol·licitar-li que autorització per adoptar mesures apropiades respecte d'aquest buc. L'estat del pavelló podrà autoritzar a l'estat requerint, entre d'altres coses, a:

a) visitar el buc;

b) registrar el buc; i

c) si es troben proves que el buc està involucrat en el tràfic il·lícit de migrants per mar, adoptar mesures apropiades respecte del buc, així com de les persones i la càrrega que es troben a bord, de conformitat amb l'autorització de l'estat del pavelló.

Els estats que tenen motius per pensar que un buc que té la seva nacionalitat, encara que no enarbori el seu pavelló, està implicat en el tràfic il·lícit de migrants, pot demanar assistència a altres estats per posar fi a aquesta utilització del buc. En el protocol es demana que els estats contestin amb celeritat a les demandes dels altres estats, i que l'estat del pavelló estigui sempre informat de les actuacions i els seus resultats. Sense l'autorització de l'estat del pavelló els estats només poden prendre mesures *necessàries per eliminar un perill imminent per a la vida de les persones o que es derivin dels acords bilaterals o multilaterals pertinents*. Això no obstant, si el buc no té nacionalitat o es fa passar per buc sense nacionalitat, l'estat part podrà visitar i registrar el buc¹¹³.

257. La intercepció de vaixells per tal de lluitar contra el tràfic il·lícit de persones immigrants planteja algunes qüestions quan els immigrants il·legals són demandants d'asil o quan, entre els immigrants hi ha refugiats. Per un costat, els estats acostumen a malfiar-se dels immigrants indocumentats que són objecte de tràfic il·legal i que un cop són interceptats presenten demandes d'asil. Sovint, aquests immigrants no tenen motius suficients per beneficiar d'un estatut de protecció i, a vegades, fins i tot són persones que han obtingut una protecció i pretenen arribar il·legalment a un estat que els sembla més favorable.

Aquestes raons poden contribuir a fonamentar l'interès dels estats en controlar i evitar el tràfic il·legal d'immigrants, però, la intercepció de vaixells, com totes les mesures que tenen aquest objectiu, així com també regular i controlar el pas per les fronteres, tenen el límit de la preservació dels drets bàsics de les persones i, entre elles,

¹¹² AGNU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Annex III, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, A/RES/55/25, 8 de gener de 2001.

¹¹³ Per a una descripció de les mesures que els estats poden adoptar, Ximena Hinrichs, "Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related perspective", *loc. cit.*, pàgs. 427-442.

dels demandants d'asil. L'aplicació indiscriminada de mesures d'intercepció de vaixells pot tenir un impacte important en el dret dels refugiats i dels demandants d'asil de cercar asil i d'arribar a un lloc on estar protegits.

Per això, el límit de l'aplicació de les mesures d'intercepció de vaixells en el mar per lluitar contra el tràfic il·legal d'immigrants està en el Dret del refugi i, especialment, en el principi de *non-refoulement*.

258. Com ha expressat l'ACNUR, *el principi de non-refoulement no té cap limitació geogràfica*, els estats estan obligats en virtut d'ell a no retornar *de la manera que sigui (in any manner whatsoever)* les persones que temem ser perseguides al lloc d'origen¹¹⁴.

D'altra banda, les obligacions que comporta, d'acord amb l'ACNUR, s'estenen a tots els agents del govern que actuen amb autoritat pública, *tant dins com fora del territori*, altrament, tenint en compte la pràctica dels estats d'intercepció de vaixells lluny del territori, *el règim de protecció dels refugiats seria ineficient si els agents de l'estat que són fora d'aquest fossin lliures per actuar de forma discrepant amb les obligacions derivades del Dret internacional del refugi i dels drets humans*¹¹⁵.

Que les mesures d'intercepció de vaixells en el mar no han de privar els demandats d'asil del dret de ser protegits, està expressament reconegut en la clàusula de salvaguarda del *Protocol contra el tràfic il·lícit d'immigrants per terra, mar i aire*, a l'article 19:

*Res del que es disposa en el present protocol afectarà als demés drets, obligacions i responsabilitats dels estats i de les persones d'acord amb el dret internacional, inclosos el dret internacional humanitari i la normativa internacional de drets humans i, en particular, quan siguin aplicables, la Convenció sobre l'estatut dels refugiats de 1951 i el seu protocol de 1967, així com el principi de non-refoulement consagrats en aquests instruments*¹¹⁶.

La lluita contra la delinqüència organitzada transnacional, especialment quan afecta a persones immigrants, no és doncs, essencialment incompatible amb el respecte dels principis inherents a la protecció dels demandants d'asil. La qüestió és preveure mecanismes per assistir les persones quan són víctimes de tractaments il·lícits, i garantir que, si necessiten protecció com a refugiats o asilats, aquesta protecció els serà garantida. La finalitat del Protocol, declarada a l'article 2, no és únicament prevenir i

¹¹⁴ Comitè Executiu de l'ACNUR (Standing Comité 18th meeting), *Interception of Asylum-seekers and refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach*, 9 de juny de 2000, EC/50/SC/CRP.17, §21-23, pàg. 4/7.

¹¹⁵ *Ibidem*, §23, pàg. 4/7.

¹¹⁶ La mateixa clàusula de salvaguarda es preveu en l'altre dels Protocols a la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada, el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional*, a l'article 14. AGNU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Annex II, A/RES/55/25, 8 de gener de 2001.

combatre el tràfic il·lícit d'immigrants i promoure la cooperació entre els estats, sinó també *protegir els drets dels immigrants que han estat objecte del tràfic*. Per això, d'acord amb l'article 9, quan un estat adopta mesures respecte d'un buc, *garantirà la seguretat i el tractament humà de les persones que es trobin a bord*.

Una interpretació útil de la clàusula de salvaguarda de l'article 19, compatible amb l'objectiu de garantir els drets de les persones que han estat víctimes de tràfic il·lícit, suposa que els demandants d'asil puguin accedir a un procediment just que determini el seu estatut, abans que els estats accionin la repatriació prevista a l'article 18 del protocol¹¹⁷.

Finalment, la lluita contra el tràfic il·legal d'immigrants, de la mateixa manera que ha de ser compatible amb la garantia de *non-refoulement*, també ho ha de ser amb les obligacions derivades d'altres instruments internacionals sobre recerca i rescat de persones en perill en el mar. Si bé no ha una menció expressa en el Protocol al deure de rescat, la mateixa clàusula de salvaguarda del l'article 19 permet inferir-ho¹¹⁸. Malgrat tot, com la pràctica ha posat en relleu, els riscos de col·lisió entre les mesures de lluita contra el tràfic il·lícit, el principi de *non-refoulement*, i les obligacions de rescat de les persones en perill, continuen sent presents. La regulació d'aquestes pràctiques, així com el respecte de les clàusules de salvaguarda, ha de contribuir a la reducció de casos en què es posi en perill la vida i els drets dels demandants d'asil quan es troben en el mar.

c. *Non refoulement en cas de fluxos massius: protecció temporal i tancament de les fronteres*

259. Malgrat la definició de refugiats de la Convenció de Ginebra de 1951 i la protecció que preveu són individuals, res en el text exclou que la regla de *non-refoulement* sigui aplicable en casos de flux massiu¹¹⁹. Ben al contrari, com defensen Elihu Lauterpacht i Daniel Bethlehem, l'objecte humanitari del tractat i el caràcter fonamental del principi fan que hagi de ser aplicat *sempre que la seva aplicació no estigui clarament exclosa*¹²⁰.

¹¹⁷ Aquesta interpretació és la que defensa, per exemple, Natalino Ronzitti, "Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea", Nisuke Ando, Edward McWhinney, Rudiger Wolfrum, (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haia: Kluwer Law internacional, 2002, pàg. 1285-1286.

¹¹⁸ Ximena Hinrichs, "Measures against smuggling of migrants at sea: a law of the sea related perspective", *loc. cit.*, pàg. 447.

¹¹⁹ Malgrat això, dels treballs preparatoris de la Convenció de Ginebra, s'extreu la *paradoxa* que el *non-refoulement* s'entenia tant més contundent com menor fos el nombre de refugiats que es presentessin davant d'un estat. Atle Grahl-Madsen, "International Refugee Law Today and Tomorrow", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, núm. 4. 1982, pàg. 438. Aquesta interpretació contradictòria, segons Atle Grahl-Madsen, ja no és compartida per la comunitat internacional en general. Malgrat això l'any 1967 encara es va recollir expressament al paràgraf 2 de l'article 3 de la *Declaració sobre l'asil territorial* inclosa a la Resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides, R 2312 (XXII) de 1967.

¹²⁰ Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*:"

D'altra banda, quan aquests fluxos resulten d'abusos en l'exercici de la competència dels estats, o de pertorbacions greus de l'ordre públic fins al punt dels estats fallits¹²¹, s'esberlen els *murs artificials de la sobirania*¹²² i poden arribar a desaparèixer de facto les possibilitats de refusar les persones que arriben al territori.

Les situacions de fluxos massius de persones poden suposar que s'atansi el límit de la capacitat d'una primera acollida en condicions de dignitat en l'estat d'asil i, en la mesura d'això, que la regla de *non-refoulement* deixi de suposar una garantia efectiva. L'equilibri que aquest principi estableix entre el respecte dels drets humans bàsics i el principi de l'autoconservació de l'estat esdevé en aquests casos inestable i, sovint, els estats opten per tancar les seves fronteres bé quan ja s'han saturat els dispositius d'acollida existents, o bé, fins i tot, abans que això passi, davant del risc d'una previsible allau migratòria forçosa¹²³.

260. Per part de les instàncies internacionals, tant la Comissió de Drets Humans com l'ACNUR han pres posició explícitament a favor de l'aplicabilitat del principi de *non-refoulement* en cas de fluxos massius. La Comissió de Drets Humans ha considerat en diverses ocasions que aquest és aplicable en el marc de la protecció internacional de les persones que en formen part¹²⁴ i que, a més, no pot ser derogat en cap cas pels estats¹²⁵.

Opinion", *loc. cit.*, pàg. 119.

¹²¹ *Failed states*. Rosalyn Higgins, "International Law in a Changing International System", *Cambridge Law Journal*, vol. 58, núm. 1, març de 1999, pàg. 95.

¹²² David A Martin, "Strategies for a Resistant World: Human Rights Initiatives and the Need for Alternatives to Refugee Interdiction", *loc. cit.*, pàg. 764 i 768. Aquest autor afirma que "*Sovereignty*" *no longer holds as much power, especially when it is deployed to shield a state's mistreatment or abysmal neglect of its own citizens. To be sure, sovereignty will still be invoked and discussed, but it has become more of a ritualistic incantation, not necessarily expected to have operative force, rather than the winning trump played in previous decades*, pàg. 765.

¹²³ Turquia, per exemple, va tancar les seves fronteres amb el Kurdistan iraquíà per evitar l'entrada en el país de gairebé mig milió de persones que van fugir cap al Nord arran del fracàs de la insurrecció de les faccions oposades al règim de Saddam Hussein a l'Iraq, just després de la seva retirada de Kuwait, l'any 1991. L'ACNUR ha reiterat en diferents ocasions la necessitat que els estats mantinguin les seves fronteres obertes per tal d'acollir els refugiats, al menys, de forma temporal: per exemple, a finals dels anys noranta, davant els desplaçaments massius derivats de la crisi de Kossovo en el territori de l'ex-Iugoslàvia; i, més recentment, davant l'eventualitat que el conflicte a l'Iraq de 2003, amb la invasió de les forces anglo-nordamericanes en el marc de la lluita global contra el terrorisme, pogués produir desplaçaments massius que, finalment, no es van arribar a produir a gran escala. En casos sobtats de fenòmens massius de migració forçosa la presència i acció ràpida de l'ACNUR per tal de vetllar que els estats permetin l'accés al territori i concedeixin protecció temporal esdevé indispensable, com es diu al ACNUR, *Manuel des situations d'urgence*, Ginebra: HCR, desembre de 1982, pàgs. 12-13.

¹²⁴ CssDH (54 sessió), *Human rights and mass exoduses*, resolució 1998/49, 17 d'abril de 1998, E/CN.4/RES/1998/49, §5 i 7; CssDH (52 sessió), *Further promotion and encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, including the question of the programme and methods of work of the Commission. Human Rights, Mass Exoduses and Displaced persons*. HUMAN RIGHTS AND MASS EXODUSES. *Report of the Secretary-General*, E/CN.4/1996/42, 8 de febrer de 1996, §54-55.

¹²⁵ CssDH (53 sessió), *Human rights and mass exoduses*, resolució 1997/75, de 18 d'abril de 1997, E/CN.4/RES/1997/75, §17.

El Comitè executiu de l'ACNUR va afirmar a la Conclusió núm. 22 (XXXII) que *en tots els casos, el principi fonamental de non-refoulement -inclòs el no-refús d'admissió en frontera- ha de ser escrupolosament respectat*; i, a més, que els demandants d'asil en cas de fluxos massius havien de ser admesos en el primer país on cerquessin refugi, al menys, temporalment:

*En cas d'arribades nombroses (mass influx), els demandants d'asil han de ser admesos en els estats on cerquen primerament refugi i si aquest estat no els pot admetre de forma duradora, en tot cas ha d'admetre'ls, al menys, a títol temporal i proporcionar-los protecció d'acord amb el principi que s'indiquen a continuació. Han de ser admesos sense cap discriminació basada en la raça, la religió, l'opinió política, la nacionalitat, el país d'origen o la incapacitat física*¹²⁶.

Es parteix de l'aplicabilitat de la regla de *non-refoulement* en el cas de demandats d'asil en frontera, sigui quin sigui el nombre de persones que es presentin amb la pretensió de ser reconeguts com a refugiats o mereixedors de protecció.

El Comitè Executiu de l'ACNUR va reiterar aquesta posició l'any 1994 arran dels fluxos de refugiats i de la crisi humanitària derivada del conflicte iugoslau, a la Conclusió núm. 74 (XLV):

*(..) la protecció temporal, incloent-hi (..) l'admissió cap a la seguretat, el respecte dels drets humans fonamentals, la protecció contra el refoulement, i el retorn segur, quan les condicions ho permetin, cap al país d'origen, pot ser vàlida en tant que mètode pragmàtic i flexible d'atorgament de protecció internacional de forma temporal en situacions de conflicte o persecució que implica un èxode massiu*¹²⁷.

Més recentment, en un document de 2001 que l'ACNUR presentava a les *Global Consultations on International Protection*, també s'insisteix en la idea que no hi ha res inherent en la Convenció de Ginebra ni en el Protocol de Nova York que suposi que aquests no s'apliquen en cas de fluxos massius; i que, una protecció temporal de grups de refugiats *prima facie* ha de garantir *admissió a la seguretat* (admission to safety), *protecció contra el refoulement* i un tractament humanitari bàsic a qui palesament ho necessita¹²⁸.

El principi de *non-refoulement* també és aplicable quan la determinació individual esdevé gairebé impossible¹²⁹. En els casos de fluxos massius de persones l'aplicació de la regla de *non-refoulement* equival a una veritable *protecció temporal* de les persones. Per això, en aquests casos, i, per evitar la banalització del principi de *non-refoulement*, s'està configurant una nova categoria dins del Dret sobre asil i refugi que consisteix en

¹²⁶ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 22 (XXXII), *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, §II.A.1-2.

¹²⁷ ExCOM ACNUR, Conclusió N° 74 (XLV), *Conclusions générales*, §r).

¹²⁸ ACNUR, *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework*, *Global Consultations on International Protection* EC/GC/01/4 de 19 de febrer de 2001, §6, pàgs 1-2/5

¹²⁹ En aquest sentit, es diu que seria contrari al principi de *bona fe* l'exclusió del principi de *non-refoulement* refusant realitzar la determinació de l'estatut, i que la pràctica mostra que en general els estats apliquen aquest principi en casos individuals i en cas d'arribada de grups nombrosos de persones. Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, op. cit., pàg. 121.

l'atorgament de *protecció temporal* en lloc segur, bé en el territori de l'estat on grups de persones han cercat protecció directament, bé en altres països on puguin ser traslladats fins el restabliment de la situació en els seus estats d'origen.

L'institut de la protecció temporal es deriva del principi de *non-refoulement*, tot i que es regeix per les seves pròpies regles i normes, algunes d'elles encara en formació.

c.1. El principi de *non-refoulement* com a fonament de l'institut de la protecció temporal

261. La *protecció temporal* és la conseqüència necessària dels principis de protecció internacional dels refugiats i, entre ells, especialment, del principi de *non-refoulement*, norma inderogable i garantia bàsica davant del risc de persecució o violació greu de drets humans inalienables¹³⁰. La preservació del dret individual de cercar asil i beneficiar-ne, i de no ser refusat també abasta situacions en què els individus es presenten en grans nombres o col·lectivament.

La *protecció temporal* és el vincle entre el principi de *non-refoulement* i el caràcter discrecional de l'asil, i proporciona un instrument que fa compatible la protecció dels refugiats i una situació de flux massiu en què ni tothom ni tampoc ningú reuneix els requisits de la definició estricta de *refugiat* de la Convenció, tot i trobar-se en situació de necessitat de protecció¹³¹.

La *protecció temporal* es fonamenta en el principi de *non-refoulement*, en les regles de prohibició de refús de persones que podrien ser sotmeses a tortura, tractaments, cruels, inhumans o degradants, com la de la Convenció de les Nacions Unides contra la tortura de 1984, i també en la garantia de la protecció dels drets humans.

En casos de fluxos a gran escala, la determinació de l'estatus de la persona o de les seves necessitats de protecció no es pot fer de forma immediata, i comporta la imposició de càrregues en els països de rebuda, sovint poc preparats per fer-hi front. Això exigeix l'adopció d'acords que reconeguin aquests costos per tal d'equilibrar i compartir responsabilitats. Els règims de protecció temporal que es posin en funcionament no són desitjables en tots els casos, i no poden constituir un substitut de del dret dels refugiats de

¹³⁰ En aquest sentit s'ha dit que "*Temporary refugee*" is the logical and necessary corollary in this otherwise incomplete regime (of non-refoulement), Guy S. Goodwin-Gill, "Entry and Exclusion of Refugees. The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees", *Transnational Legal Problems of Refugees. Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1982, pàg. 306; també, *id.*, *Refuge or Asylum: International Law and the Search for Solutions to the Refugee Problem*, Paper presentat al Symposium "Refuge or Asylum. A Choice for Canada", York University, Toronto, Canada, 27-30 maig 1986, Ginebra: ACNUR, Núm. Ref. LAW/REF/ASY/86 D, 1986, pàg. 15/18.

¹³¹ International Law Association, Committee on Refugee Procedures, "Interim Report on Refugee Procedures. Introduction and background", *Report of the Sixty-seventh Conference. Helsinki, Finland*, 1996, pàg. 132.

cercar asil i gaudir-ne segons els estàndards internacionals¹³².

Com ha constatat el Comitè Executiu de l'ACNUR, en els darrers anys s'ha incrementat l'ús de la guerra i la violència com a mitjans per tal de dur a terme *polítiques persecutòries* contra grups definits pel fet de la seva raça, religió, nacionalitat pertinença a un grup social particular o opinions polítiques, és a dir els motius enunciats a la Convenció de Ginebra que defineixen el temor de persecució dels *refugiats*¹³³. Les persones que en són víctimes són clarament refugiats en el sentit de la Convenció de Ginebra, encara que en algunes ocasions el estat els considerin desplaçats de guerra i no individualment perseguits¹³⁴. En aquests casos, el *refoulement* en qualsevol de les seves formes, com en el cas d'allunyaments massius i sumaris del territori, té conseqüències humanitàries tràgiques, i comporta la violació de normes de dret internacional. El Comitè Executiu ha reiterat la necessitat d'admetre en aquests casos els refugiats en el territori dels estats, i no refusar-los a les fronteres¹³⁵.

El dret de cercar asil i el principi de no devolució *exigeixen* que, *al menys de manera temporal*, es rebi en algun lloc les persones que fugen de la persecució¹³⁶, fins i tot en cas d'arribades nombroses, o quan l'estat no està en disposició d'admetre-les de manera duradora¹³⁷. Des del punt de vista del *non-refoulement* com a protecció bàsica per als demandants d'asil, la institució de la *protecció temporal*, és una resposta adequada en casos de fluxos massius, ja que permet que es garanteixi un nucli bàsic de drets en circumstàncies en les que l'estat d'origen ja no pot fer-ho i la persona ha travessat les fronteres de la seva jurisdicció territorial.

c.2. La il·legimitat del tancament de les fronteres davant de fluxos massius: protecció temporal, non-refoulement i repartiment de càrregues

¹³² ExCOM ACNUR (49 sessió), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/898, de 3 de juliol de 1998, §17-18.

¹³³ ExCOM ACNUR, *Conclusión sobre la protección internacional*, No. 85 (XLIX) de 1998, §(c).

¹³⁴ ExCOM ACNUR (50^a sessió), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/914, 7 de juliol de 1999, §42. *Vid.* Sobre aquesta qüestió *Supra* Capítol III.B.

¹³⁵ ExCOM ACNUR, *Conclusión sobre la protección internacional*, No. 85 (XLIX) de 1998, §(q), *loc. cit.*, §21.

¹³⁶ ExCOM ACNUR (49 sessió), *Nota sobre protecció internacional*, A/AC.96/898, de 3 de juliol de 1998, §10.

¹³⁷ *En cas d'arrivées nombreuses, les personnes en quête d'asile doivent être admises dans les Etats où elles cherchent refuge d'abord et si l'Etat concerné n'est pas en mesure de les admettre à titre durable, il doit toujours les admettre au moins à titre temporaire et leur offrir sa protection conformément aux principes énoncés ci-après (normes minimum humanitaires de base)*. ExCOM ACNUR, *Conclusió No. 22 (XXXII) Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*. Algunes aportacions doctrinals recolzen aquesta posició, reconeixent que si bé els estats no tenen una obligació de permetre l'acollida permanent en el seu territori en cas de migracions massives, una exigència humanitària comporta que els estats acceptin algun tipus d'assistència i protecció. David A. Martin, P. Michel Moussali, "Mass Migration of Refugees-Law and Policy", *American Society of International Law, Proceedings of the 76th Annual Meeting*, abril 22-24, 1982, pàgs. 13-19 i 21-22.

262. En el context del dret internacional actual, on la protecció dels drets humans és ja un imperatiu per a la comunitat internacional, l'arribada massiva de persones a les fronteres d'un estat d'asil o el risc que això passi no justifica l'estratègia defensiva del tancament de les fronteres. Principis bàsics com la no discriminació o la prohibició de tractaments arbitraris avalen aquesta afirmació com ha exposat Ann Vibeke Eggli:

*(E)ls refugiats que busquen seguretat en massa no tenen dret a una protecció física de qualitat menor que es dona als refugiats que cerquen l'entrada i l'admissió individualment o en grups reduïts. De manera destacada, els principis bàsics de no discriminació i la prohibició de tractament arbitrari del dret internacional del refugi i dels drets humans proporciona una salvaguarda respecte de mesures il·lícites d'exclusió basades més en el nombre dels que cerquen protecció internacional que en la qualitat dels seus temors de retorn*¹³⁸.

Tenint en compte això, d'acord amb el que s'ha anomenat la responsabilitat solidària segons el criteri de la vulnerabilitat especial en el Capítol V, la comunitat internacional no pot restar al marge d'una situació de catàstrofe humanitària que afecta especialment determinats estats per raó de la seva proximitat geogràfica amb el lloc d'origen.

L'obligació de compartir la càrrega que per a un estat o un nombre determinat d'estats pot suposar una afluència massiva de demandants d'asil que superi les seves capacitats d'acollida es deriva necessàriament del principi de *non-refoulement*, i del principi de cooperació internacional. Malgrat això, l'absència d'una estructura institucional constrenyent per als estats que ordeni aquesta responsabilitat solidària fa recaure el pes de la protecció de les persones en el primer país d'asil.

La manca d'instruments per fer efectiu el deure de solidaritat dels estats no pot fer canviar el caràcter de la norma i, en la mesura d'això, el principi de *non-refoulement*, quan serveix per a la preservació de drets humans inalienables, ha de seguir sent considerat una norma imperativa general de la comunitat internacional.

La responsabilitat difusa dels diferents actors de la comunitat internacional únicament pot concretar-se en aquells estats el territori dels quals pugui ser atansat per part dels demandants d'asil pels seus propis mitjans. Amb tot, roman la qüestió de determinar fins a quin punt les obligacions dels estats basades en el *principi de solidaritat* de la comunitat internacional en sentit extens, cedeixen davant de l'obligació de procurar el benestar de la pròpia població i mantenir l'ordre públic, basada en el *principi de sobirania*. La tensió entre ambdós principis esdevindrà, en darrer terme, irresoluble, però, sobretot, suposa desviar l'atenció respecte de la qüestió principal en aquests casos, que és com s'articula la responsabilitat solidària de la comunitat internacional¹³⁹.

¹³⁸ Ann Vibeke Eggli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, La Haia, Londres, Nova York: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pàg. 218.

¹³⁹ Els riscos d'actituds d'exclusió per part dels estats en cas de fluxos massius podria ser mitigat amb l'establiment d'un sistema de control i un fons multilaterals. *Ibidem*, pàgs. 218-219.

Com a posat en relleu la doctrina, l'absència d'un sistema de repartiment de càrregues (i de la voluntat política per establir-lo) és un element determinant per a que els estats hagin optat per la que es percep com a *l'única opció* defensiva, consistent en restringir els beneficis concedits als demandants d'asil i bloquejar l'accés al territori¹⁴⁰.

263. EL CAS DE LA MISSIÓ *HERA II* DE L'AGÈNCIA EUROPEA DE FRONTERES DIRIGIDA PER ESPANYA. Aquest problema s'ha posat de manifest recentment a Europa arran de l'arribada col·lectiva de persones a l'illa Lampedusa, a les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla durant l'estiu i la tardor de 2005¹⁴¹, i a les fronteres de la península ibèrica i de les illes Canàries l'estiu de 2006¹⁴². La violació del dret de demanar asil i d'asil provisional en alguns d'aquests casos es palesa, per exemple, quan després que Espanya fes un bon nombre de repatriacions col·lectives *express* durant l'any 2005, per tal de difondre la imatge que no era un destí apte per a la immigració il·legal (davant dels immigrants i davant de la Unió Europea recelosa per la darrera regularització espanyola), algunes persones van ser reconegudes com a refugiades per part de l'Oficina de l'ACNUR a Rabat¹⁴³.

Durant el darrer trimestre de 2005 es van produir alguns febles intents d'acarar la problemàtica generada per aquests fluxos des de l'Àfrica cap a Europa per part de la Unió Europea, en l'entorn de la cooperació Euromediterrània en la Conferència de novembre, i a través de la creació de *patrulles marítimes comunes* de països de la Unió Europea i de la Unió del Magrib àrab¹⁴⁴.

Per part de la doctrina, Luis Peral ha posat de relleu de forma contundent com

¹⁴⁰ Gregor Noll, "Prisoners' Dilemma in Fortress Europe: On the Prospects for Equitable Burden-Sharing in the European Union", *GYIL*, vol. 40, 1997, pàg. 436.

¹⁴¹ En una sola nit i matinada un miler de persones van provar de saltar la tanca de seguretat des del Marroc en diferents "asalts"; Celeste López, "Europa se blindo en Melilla", *La Vanguardia* 29 de setembre de 2005, pàg. 31. Cinc persones van morir en un d'aquests intents la nit del dia 29 de setembre [José Bejarano, "Herida abierta en la frontera. La policía española acusa a la marroquí de la muerte de cinco inmigrantes en Ceuta", *La Vanguardia*, 30 de setembre de 2005, pàgs. 33-34] i sis persones més la nit del 6 d'octubre per l'ús desproporcionat de mitjans de dissuasió per part d'autoritats policials [José Bejarano, "Seis muertes más en la valla de Melilla. El ejército marroquí repele a tiros una nueva avalancha de subsaharianos", *La Vanguardia*, 7 d'octubre de 2005, pàgs. 27-28]. Sobre aquests esdeveniments, així com sobre les expulsions immediates de persones des de Ceuta i Melilla, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), *La situación de los refugiados en España. Informe 2006*, Madrid: La Catarata, 2006, pàgs. 43-51.

¹⁴² Es calcula que durant el mes d'agost van arribar 6.000 immigrants -durant tot l'any 2005 van arribar 4.715 persones-, que 20.000 han sortit de Senegal i Mauritània amb aquest destí des del gener i unes 2.000 o 3.000 es donen per desaparegudes; *La Vanguardia*, "Inmigración", edició digital de 12 de setembre de 2006. En general, tot exposant *in extenso* l'itinerari que segueixen la majoria dels immigrants i demandants d'asil que arriben a Ceuta, Melilla, les illes Canàries o les costes d'Andalusia, Amnistia Internacional, *España frontera Sur. El Estado da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes*, Madrid: Amnistia Internacional, 2005, Índex AI: EUR 41/008/2005.

¹⁴³ Van ser reconegudes refugiades 3 persones d'entre 73 retornades per Espanya cap al Marroc el 7 d'octubre de 2005; Efe, "Acnur reconoce como refugiados a tres subsaharianos", *La Vanguardia*, 23 de novembre de 2005, pàg. 35.

¹⁴⁴ David Pavot, "Espagne-Marroc. Les événements de Ceuta et Melilla des 28 et 29 septembre 2005 et la question migratoire", *RGDIP*, vol. 110, núm. 1, 2006, pàgs. 143-144.

l'acció de les autoritats espanyoles en la gestió dels fluxos migratoris es clarament contrària al dret internacional quan s'impedeix als demandants d'asil cercar protecció, i també quan s'adopten mesures que vulneren els drets de les persones immigrants en general; per exemple, quan se'ls *impedeix l'accés a la frontera sabent que són o poden ser abandonats en el desert, en una situació en què no es pot negar l'existència d'un risc i individualitzat per a la seva vida i llibertat*¹⁴⁵. En aquest sentit, Luis Peral defensa amb encert que *en cas que s'impermeabilitzi la frontera gràcies a la col·laboració amb el Marroc, el compromís de les autoritats espanyoles de que no es produiran més devolucions al Marroc constitueix una violació indirecta, i no per això menys greu, del non-refoulement*¹⁴⁶.

També planteja molts dubtes des del punt de vista del compliment del Dret internacional i europeu dels refugiats i els drets humans l'activitat operativa de l'Agència Europea de Fronteres (FRONTEX) a l'Atlàntic entre les illes Canàries i el continent africà. A petició d'Espanya, sobrepassada pel gran nombre d'immigrants que han anat arribant a les costes de les illes Canàries des de l'inici de l'estiu de 2006, la Unió Europea ha posat en funcionament des de l'11 de setembre la primera acció operativa de FRONTEX anomenada *Hera II*¹⁴⁷. L'operatiu està previst que estigui en funcionament durant nou setmanes i que abans d'acabar-se aquest termini se'n faci una valoració que permeti decidir si es manté i, si de cas, si calen més mitjans financers o logístics. Els tretze estats que formalment participen en l'operació l'Hera II són, a part d'Espanya que la dirigeix, Portugal, Finlàndia, França, Itàlia, el Regne Unit, Irlanda, Dinamarca, Alemanya, Grècia, Suècia, Polònia, Estònia i Letònia. Només 3 d'ells hi han aportat però mitjans materials: Itàlia, amb una embarcació i un avió; Portugal amb una embarcació, i Finlàndia amb un avió. Aquests s'afegeixen a dos vaixells i dos helicòpters espanyols que ja treballaven a la zona¹⁴⁸. L'operatiu FRONTEX té per missió patrullar prop de les costes de les Canàries i vigilar les zones des d'on majoritàriament surten embarcacions amb rumb cap a l'arxipèlag, davant de les costes de Senegal, Mauritània i Cap Verd (2.250 quilòmetres). Des de l'inici ha pogut patrullar en aigües territorials dels dos primers països amb qui s'ha arribat a acords. El Senegal

¹⁴⁵ Luis Peral, "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: Non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", *REEL*, núm. 11, 2006, pàg. 8/21.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ El Consell Europeu va avalar aquesta acció a C^{ll}Eu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo Europeo de Bruselas 15 y 16 de junio de 2006*, Brussel·les, 17 de juliol de 2006, 10633/1/06 REV 1, CONCL 2, §8.

¹⁴⁸ El Centre de coordinació, que dissenya el desplegament i tramita la informació, és a Tenerife on hi treballen conjuntament representants de les forces de seguretat d'Itàlia i de Portugal, un enllaç del FRONTEX i membres de la Guàrdia Civil i de la Policia Nacional. A les Canàries també hi treballen 10 experts internacionals (2 italians i 2 francesos a Tenerife; 1 alemany i 1 portuguès a Gran Canària; 2 portuguesos i 1 alemany a Fuerteventura, i un expert del FRONTEX). El cost de l'operació és de prop de 4 milions d'€ dels que el FRONTEX n'aporta el 80%. *La Vanguardia* digital, 13 de setembre de 2006.

de tota manera s'ha compromès a mitjans de setembre a participar en l'operació aeronaval FRONTEX a l'Atlàntic i a enviar un grup de policies a Canàries per ajudar a la identificació dels seus ciutadans per a una eventual repatriació. En el cas de Mauritània, país sense capacitat pròpia adequada per exercir la vigilància de les seves costes, Espanya li ha cedit quatre patrulleres que reforcen la tasca de les altres embarcacions.

Com s'ha vist en el Capítol anterior, des de la perspectiva de l'àmbit d'aplicació dels instruments internacionals de drets humans, com el Conveni europeu, els agents espanyols o d'altres països que exerceixin autoritat en el territori d'un altre estat amb el seu consentiment estan sotmesos a les obligacions que es deriven d'aquests tractats. Aquesta conclusió no varia pel fet que l'autoritat s'exerceixi en el mar, en aigües territorials, o en altres espais marítims, ja que l'estat és responsable per l'autoritat exercida extraterritorialment.

264. L'OPCIÓ DE LA PROTECCIÓ TEMPORAL A EUROPA. Els canvis en els moviments migratoris que s'han produït, sobretot després de l'acabament de la guerra freda, juntament amb l'evolució de la comunitat internacional en general, han fet que el focus d'atenció s'hagi desplaçat des dels estats cap a les víctimes. Això no ha dut aparellat un canvi en la gestió dels fluxos migratoris forçosos envers una resposta basada exclusivament en principis humanitaris com, per exemple, l'extensió de l'aplicació de la noció de refugiat a situacions de grup (com en l'època de la Societat de les Nacions) o la determinació de refugiats *prima facie*. Sinó que l'aproximació que han fet els estats occidentals en general a la qüestió dels refugiats en massa, ha estat realista i de replegament i no d'obertura. Això ha dut a la creació de solucions pràctiques intermèdies entre els drets de les persones i els drets dels estats, com la *protecció temporal*.

Tot i que perfectible en el component de voluntarietat en què es basa, l'opció de la Unió Europea per articular aquesta responsabilitat en el context regional europeu, és un element important en aquesta línia i, a més, suposa una primera ordenació del principi de solidaritat¹⁴⁹.

La regulació de la protecció temporal a la Unió Europea parteix de la necessitat d'articular mecanismes de gestió de la solidaritat dels estats, com s'expressa l'article 1 de la Directiva 2001/55/CE,

La present directiva té per objecte establir normes mínimes per a la concessió de

¹⁴⁹ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOCE de 7 d'agost de 2001, L 212/12-23. Estudiant aquesta directiva en profunditat, Nuria Arenas Hidalgo, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2005; i Walter Kälin, "Temporary Protection in the EC: Refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", *GYIL*, vol. 44, 2001, pàgs. 202-236.

protecció temporal en cas d'afluència massiva de persones desplaçades procedents de tercer països que no puguin tornar al seu país d'origen i fomentar un esforç equitatiu entre els estats membres per acollir aquestes persones i assumir les conseqüències de la seva acollida.

També resulta del concepte d'*Espai de Llibertat Seguretat i Justícia* que ja no es pugui considerar que a la Unió Europea els fluxos massius de persones podrien afectar més al territori d'un estat que a tota la Unió. Això és el resultat de l'evolució en un context polític, social i geogràfic concret de la primacia del principi de solidaritat envers la sobirania, que duia implícit des de l'inici la consideració de la persona com a subjecte de drets i obligacions al costat dels estats. Aquest fet no oculta que, després del conflicte en el territori de l'antiga Iugoslàvia, la regulació de la protecció temporal a la Unió Europea hagi estat el resultat principalment de l'interès dels estats.

Certament el grau de *comunitat* assolit a la Unió Europea no és el de la comunitat internacional, i s'ha basat en una integració normativa principalment de tipus econòmic, però la consolidació de la persona com a entitat subjecte de drets des del punt de vista del dret internacional podria dur a resultats similars, sobretot si això es projectés a partir del principi de cooperació, expressió, en definitiva, de la solidaritat internacional.

265. La transposició de la directiva comunitària en els estats membres, de tota manera, no ha partit sempre de la concepció del territori dels estats com a un territori únic, i de que les emergències pel que fa a l'afluència massiva de demandants d'asil ho són per a tota la Unió. A Espanya, per exemple, s'adopta una perspectiva que parteix de la situació que es podria patir a Espanya¹⁵⁰: l'establiment d'una protecció temporal pot ser declarada, a més de pel Consell de la Unió Europea, d'acord amb la directiva, pel govern espanyol que, d'altra banda, també pot sol·licitar a la Comissió europea que presenti una proposta al Consell de la Unió per a que adopti una decisió a nivell europeu¹⁵¹.

En el cas de França, a diferència d'Espanya, la normativa sobre protecció temporal es basa en la idea de la gestió comuna dels fluxos massius, en la participació de l'estat francès juntament amb els altres estats europeus en l'assistència i protecció dels demandants d'asil d'acord amb les disposicions de la directiva, i en que la norma europea comporta una activitat per part de les institucions de la Unió en la identificació cas per cas dels fluxos¹⁵².

¹⁵⁰ Segons l'article 8 del *Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas*, BOE de 25 d'octubre de 2003, núm. 256/38160-38167, (c)uando, a consecuencia de un conflicto o disturbio grave de carácter político, étnico o religioso, se acerquen a las fronteras españolas o entren en territorio español un número importante de personas (...) el Delegado el Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, con la colaboración de las unidades administrativas responsables en la materia, ordenará las actuaciones necesarias para atender sus necesidades humanas inmediatas, en especial alimentación, alojamiento y atención médica, y convocará a la Comisión Interministerial de Extranjería para dar cuenta de la situación.

¹⁵¹ Article 9 del Reial Decret 1325/2003, que preveu un procediment d'urgència.

¹⁵² *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (França), annex a la *Ordonnance n°*

A la directiva comunitària es fa una referència explícita a la regla de *non-refoulement*, a l'article 3.2, quan es diu que

Els estats aplicaran la protecció temporal respectant degudament els drets humans i les llibertats fonamentals complint amb les seves obligacions en matèria de no devolució;

cosa que sembla indicar, al menys, implícitament, que s'accepta que el *non-refoulement* és també plenament aplicable en cas de fluxos massius.

A Espanya, l'article 8 del Reial Decret 1325/2003, estableix que s'ordenaran les actuacions necessàries per atendre les necessitats humanes immediates que resultin del fet que *com a conseqüència d'un conflicte o disturbis greus de caràcter polític ètnic o religiós, s'apropin a les fronteres espanyoles o entrin en el territori espanyol un nombre important de persones*, la qual cosa també sembla indicar que s'accepta, tot i que no es digui expressament que el principi de *non-refoulement* és aplicable en cas de fluxos massius. De la redacció de l'article, fins i tot es pot extreure que, en una situació de flux massiu, les persones que han passat a trobar-se en una situació sobre la qual Espanya té una posició de domini, dins del territori o fora d'ell, tenen dret a accedir a la protecció.

C. NON-REFOULEMENT, JURISDICCIO DE L'ESTAT, I ASIL PROVISIONAL

266. El principi de *non-refoulement*, com a norma de dret internacional, necessita, per regir les situacions en què es troben els demandants d'asil, que algun element determini la seva aplicabilitat. És a dir, que un element de connexió entre el demandant d'asil i l'estat estranger determini la seva invocabilitat per part de la persona. Aquest element prové, com s'ha vist en el capítol anterior, bé d'una situació de fet en que el demandant estigui pel lloc on es troba sota la jurisdicció d'un estat d'asil, bé de la responsabilitat de l'estat per actes d'autoritat extraterritorials que permetin establir aquest vincle.

El principi de *non-refoulement*, quan és invocable, determina l'existència d'un dret a una protecció provisional¹⁵³. En primer lloc, però, és oportú plantejar fins a quin punt les pràctiques dels estats pretesament reduccionistes de l'abast d'aplicació de la regla afecten la seva obligatorietat o la seva consideració com a norma general.

267. ELS EFECTES DE LES PRÀCTIQUES ESTATALS RESPECTE DE L'OBLIGATORIETAT DEL NON-REFOULEMENT COM A NORMA GENERAL CONSUEUDINÀRIA. Les estratègies de tot tipus posades en

2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF de 25 de novembre de 2004, Livre VIII, Titre I^{er}, articles L. 811.1-9.

¹⁵³ Com des de fa molt de temps ha assenyalat l'ACNUR, per assolir el l'objectiu del *non-refoulement* cal que les persones que cerquen asil siguin admeses en l'estat on cerquen refugi. ACNUR, *Manuel des situations d'urgence*, op. cit., pàgs. 12-13.

pràctica pels estats en matèria d'admissió (o exclusió)¹⁵⁴ de persones estrangeres i refugiats en el territori són considerades en molts casos contràries a la regla de *non-refoulement*, com que la posen més en risc¹⁵⁵ i distorsionen el seu funcionament. En aquest sentit, s'ha posat en relleu *la precarietat de les situacions individuals indirectament afectades per la transgressió d'un sistema normatiu que és aliè als individus*¹⁵⁶.

Malgrat tot, els estats no neguen la seva obligatorietat, sinó que assumeixen la tasca de regular i prevenir l'entrada il·legal de persones per tal de *preservar la seguretat de la nació* amb el mitjans que tècnicament ho permetin, i justifiquen la no aplicabilitat del principi a les mesures adoptades *en determinades circumstàncies*¹⁵⁷.

Quant a la conservació de la força obligatòria de la regla com a norma consuetudinària davant d'aquestes pràctiques, Roda Mushkat considera que si bé *prima facie* els estats actuen de forma incompatible amb aquesta, també defensen la seva conducta invocant excepcions o justificacions contingudes en la norma mateixa, i això, tant si aquesta conducta és no justificable d'aquesta manera, abans confirma la norma que la debilita¹⁵⁸.

En aquest sentit, com va expressar La Cort Internacional de Justícia, per considerar que les normes consuetudinàries continuen sent-ho i obliguen els estats no cal que la pràctica estatal hagi estat sempre *perfecte*, sinó que *és suficient que els estats ajustin la seva conducta en general a aquestes normes, i que considerin les conductes que no s'acomoden a la norma violacions d'aquesta i no com a manifestacions del reconeixement d'una nova norma. Si un estat procedeix d'una manera a primera vista incompatible amb una norma reconeguda, però defensa el seu comportament invocant excepcions o justificacions que estan compreses en la pròpia norma, tant si l'actitud d'aquest estat està com si no justificada per aquest motiu, resulta una confirmació més que un debilitament de la norma*¹⁵⁹.

268. Els estats no justifiquen les seves actuacions com a pràctiques sense precedent o cristal·litzadores d'un dret nou, o per oposició a normes o principis que no consideren

¹⁵⁴ També anomenades polítiques de *no entrada*, James C. Hathaway, "The Emerging Policies of Non-Entrée", *Refugees*, vol. 91, 1992, pàgs. 40-41.

¹⁵⁵ James C. Hathaway, "Harmonizing For Whom? The Devaluation of Refugee Protection in the Era of European Economic Integration", *CILJ*, vol. 26, 1993, pàg. 725.

¹⁵⁶ François Rigaux, "Le concept de territorialité: un fantasme en quête de réalité", Emile Yakpo, Tahar Boumedra (eds.), *Liber Amicorum-Mohamed Bedjaoui*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pàg. 220.

¹⁵⁷ Roda Mushkat, "Mandatory Repatriation of Asylum Seekers: Is the Legal Norm of Non-Refoulement 'Dead'?", *Hong Kong Law Journal*, vol. 25, part 1, 1995, pàgs. 46-47. Com també es posa en relleu en aquest article els estats a més, reafirmen el reconeixement de l'efecte obligatori del *non-refoulement* denunciant les violacions de la norma per part d'altres estats. *Ibidem*, pàg. 47.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pàg. 49. Es considera que *the extent to which states have proceeded to excuse policies adopted may reinforce the validity and endurance of the non-refoulement prohibition*.

¹⁵⁹ Cort Internacional de Justícia, sentència de 27 de juny de 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, núm. 70, §186.

d'abast general, sinó que l'abast amb què han justificat les polítiques d'admissió i exclusió de persones estrangeres reforça la validesa i resistència de la prohibició de *refoulement*. El problema llavors no es determinar si la regla de *non-refoulement* és un principi o norma d'abast general o d'*ius cogens*, sinó amb quin abast ho és, pel que fa a la seva aplicació.

El estats accepten, en general, que la regla de *non-refoulement* és una norma o principi general que s'aplica als demandants d'asil en frontera. Malgrat això, el consens no és generalitzat pel que fa a considerar que, a més, la norma té caràcter absolut i és aplicable en qualsevol dels casos possibles.

En general, els estats sotmeten el *non-refoulement* a un judici de ponderació on la norma es posa en relació amb altres principis que es consideren de valor equivalent, com són el principi d'*autoconservació* i la preservació de la seguretat de la comunitat estatal. L'estat determina en última instància l'abast de la seva obligació, i en funció d'això adequa el seu comportament.

269. En aquest sentit, la resistència del principi de *non-refoulement* és en risc cada vegada que en el marc d'una crisi internacional o d'un esdeveniment de gran importància els estats donen una prioritat especial a la perspectiva de la seguretat. Això va passar després dels atemptats de Nova York, Washington i Pensilvània de setembre de 2001, i també en el conflicte dels anys noranta en el territori de l'antiga Iugoslàvia. Pel que fa al primer cas, les actuacions dels estats no semblen haver pertorbat els efectes de l'interpenetració dels drets humans amb el Dret del refugi, malgrat algunes d'elles siguin discutibles¹⁶⁰. Fins i tot en els casos més problemàtics, com en el cas *Tampa*, o en el cas del *Monica*, els estats no neguen estar vinculats pel principi de *non-refoulement*, ni que els demandants d'asil tinguin dret a un asil provisional quan arriben a les fronteres del territori. Les estratègies que han utilitzat es basen en les mancances del dret marítim internacional en matèria de recerca i rescat, i en la creació de ficcions jurídiques segons les quals es pretén que els demandants d'asil no són responsabilitat seva, perquè no han arribat a situar-se dins de la seva jurisdicció territorial.

270. Basant-se en la pràctica del conflicte de l'antiga Iugoslàvia, Nils Coleman ha examinat si els casos del tancament de fronteres per part de Macedònia i Croàcia davant dels fluxos massius de persones, en els anys noranta, podien valorar-se com a violacions del *non-refoulement*, o bé com a accions justificades. De la seva anàlisi resulta que, en primer lloc, ni el cas de Croàcia, on el tancament de fronteres era degut a opcions basades en l'avantatge militar, ni el cas de Macedònia, on la decisió es va adoptar des de l'inici de la crisi, per raons polítiques, la no aplicació de l'obligació de *non-refoulement* responien a una veritable situació de *necessitat* que, eventualment exclouria la il·licitud de la conducta. En segon lloc, l'actitud d'aquests dos estats no es pot considerar com a resultant únicament

¹⁶⁰ Pel que fa a aquests efectes, per exemple, Stephen Bourgon, "The Impact of Terrorism on the Principle of 'Non-Refoulement' of Refugees: The *Suresh* Case before the Supreme Court of Canada", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pàgs. 169-185.

d'una nova concepció de la norma consuetudinària de *non-refoulement* com a excloent els casos de fluxos massius¹⁶¹. Per a Nils Coleman, aquesta pràctica revela una nova concepció de la norma consuetudinària de *non-refoulement* que inclou un element de contingència en la seva aplicació en casos de fluxos massius: en aquests casos, els estats entenen que el no refús està condicionat a un repartiment de les càrregues. Malgrat tot, la pràctica no és prou important per que s'evidenciï ni la *desuetudo* de la norma de *non-refoulement* aplicable en cas de fluxos massius, ni l'aparició d'una nova norma de dret internacional consuetudinari que l'exclou en aquests casos si no va acompanyada d'un repartiment de les càrregues. Davant d'aquestes circumstàncies, no obstant, el caràcter de norma consuetudinària del *non-refoulement* podria haver perdut consistència¹⁶².

Les opcions dels estats davant dels fluxos massius de refugiats debiliten la fortalesa del *non-refoulement*, malgrat siguin contràries a aquest principi. Aquestes opcions no poden ocultar el fet que el règim de la protecció dels refugiats de la Convenció de Ginebra atansa els seus límits en casos de fluxos massius, i que, insistir en les obligacions dels estats des de la perspectiva humanitària sense corregir les llacunes i mancances poden conduir al col·lapse del sistema. Per això, algunes veus clamen la necessitat de crear un nou sistema que en aquests casos derogui temporalment l'aplicació de la Convenció de Ginebra, mentre es gestiona la crisi¹⁶³. L'eventual establiment d'aquest nou sistema podria corregir el debilitament del *non-refoulement* quan és l'única protecció dels demandants d'asil que es dilata en el temps, però, en tot cas, ha d'assegurar el compliment del principi que és a la seva base, la preservació de la vida humana en condicions de dignitat en qualsevol lloc.

1. L'exercici d'autoritat de l'estat com a element que determina l'aplicabilitat del principi *non-refoulement* en els casos de demanda d'asil en frontera i d'intercepció de vaixells en el mar

271. En general, quan la persona es troba *efectivament* dins del territori, hi hauria una situació *de fet* constituïda que suposa que l'individu està sota la jurisdicció de l'estat i que aquest ha de respectar les garanties que es deriven del *non-refoulement*. L'allunyament de la persona implica una actuació positiva de l'administració de l'estat que produeix un canvi radical en la situació del refugiat. Alguns estats han intentat argumentar en base a ficcions jurídiques que els individus que es troben en frontera o en *zona internacional* no

¹⁶¹ Nils Coleman, "Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law", *EJML*, vol. 5, 2003, pàgs. 60-63.

¹⁶² *Ibidem*, pàg. 64-65.

¹⁶³ Per exemple, Jean-François Durieux, Jane McAdam, "Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies", *IJRL*, vol. 16, núm. 1, 2004, pàgs. 4-24.

es troben *efectivament* en el territori, però, la qüestió, des del punt de vista de l'aplicabilitat de la norma, és si el demandant d'asil està sota la jurisdicció de l'estat, per l'actuació de les seves autoritats, o per la situació en què es troba la persona.

Quan el demandant d'asil no ha arribat a penetrar en el territori d'un estat d'acollida, ni per altres motius està sota la seva *jurisdicció*, el seu estatut és el de la persona titular de drets humans, però la qüestió és qui, dins de la comunitat internacional pot o ha de fer-se'n càrrec, en nom d'una responsabilitat col·lectiva no regulada. Si la persona conserva la nacionalitat del seu estat d'origen podria considerar-se que està sota la seva jurisdicció personal, tot i que l'estat ha deixat de complir amb la seva responsabilitat de protegir-lo. En cas que no la conservi, o no pugui o no vulgui prevaler-se de la protecció que normalment hauria d'oferir l'estat de la nacionalitat, es trobaria en una situació de *no dret*.

272. En aquests casos, l'aplicació de mesures d'intercepció i retorn al país d'origen en zones no sotmeses a la jurisdicció territorial de l'estat comporta que els individus sobre qui s'exerceix autoritat, passen a trobar-se sota la jurisdicció de l'estat que l'exerceix a través dels seus agents. És l'exercici d'un *acte d'autoritat* per part de l'estat a través d'una persona autoritzada (en el cas *Tampa*, per exemple, el Ministre d'immigració i afers multiculturals) dins de l'espai territorial, amb efectes dins o fora del país, allò que genera la responsabilitat de l'estat per aquestes actuacions¹⁶⁴. Els estats també són responsables dels actes d'aquests fora del territori i, en el cas dels refugiats que efectivament han sortit de la jurisdicció territorial de l'estat d'origen, és precisament el *domini* de la situació d'aquestes persones que comporta l'exercici d'autoritat, l'element que connecta la persona amb l'estat, i que el fa, provisionalment, més responsable que qualsevol altre de la comunitat internacional de la situació de la persona.

En el cas *Tampa*, els demandants d'asil havien de ser duts a Nauru i Nova Zelanda després que aquests estats acceptessin fer-se'n càrrec. Deixant de banda la qüestió de si el desembarcament en aquests estats complia tots els requisits de l'elecció d'un lloc segur on el capità del *Tampa* acabés l'operació de rescat, el més aviat possible, i desviant-se mínimament del seu trajecte inicial, en tot cas, aquesta opció no respectava el principi de *non-refoulement*, ni hauria respectat la clàusula de salvaguarda del *Protocol contra el tràfic il·lícit d'immigrants per terra, mar i aire* (que encara no estava en vigor).

Si bé és cert que, els demandants d'asil no tenen un dret d'accedir a la protecció d'un país en concret, i que el refús és possible mentre el no suposi que la persona es veu abocada a les fronteres d'un país on pot ser sotmesa a persecució o tractes prohibits, l'estat que refusa ha d'assegurar-se que el país cap on s'envia la persona garantirà alhora el principi de *non-refoulement*. Això hauria de significar, com a mínim, que l'estat que refusa

¹⁶⁴ Sobre la qüestió de l'*acte d'autoritat*, s'ha pronunciat el Tribunal Internacional de Justícia en una sentència de 2002, tot i que en un supòsit de fet ben diferent. En aquell cas, es considerava que podia ser contrari al dret internacional un *acte d'autoritat* que pretenia tenir efectes fora de l'estat des d'on els propis agents exercien l'autoritat. CIJ, sentència de 14 de febrer de 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo contre Belgique)* [afar conegut com a cas *Yerodia*], §54 i 70-71.

s'asseguri que el país de rebuda és part i aplica la Convenció de Ginebra; i Nauru no és part en aquesta Convenció.

2. La dimensió preventiva del *non-refoulement*.

273. EL *NON-REFOULEMENT* COM A NORMA DE DRET INTERNACIONAL GENERAL QUE IMPLICA L'ACCÉS A UN ASIL PROVISIONAL. Com ha estat assenyalat en el capítol anterior, els estats sobirans determinen, principalment en funció del seu propi interès, l'admissió de les persones estrangeres en el territori. El dret internacional, però, alhora que es fonamenta en la sobirania dels estats, també incorpora institucions que assegurin que es pugui anar més enllà¹⁶⁵. La protecció internacional dels drets humans i el *non-refoulement* en són algunes.

L'enfortiment del principi de *non-refoulement* des de la seva inclusió com a norma convencional a l'article 33 de la Convenció de Ginebra obeeix principalment a la consolidació de la protecció dels drets humans a la comunitat internacional, al menys, a nivell de principis. Per un costat, l'aparició de la prohibició de la tortura com a norma imperativa de dret internacional general de caràcter consuetudinari ha fet que es redueixi l'àmbit dels refusos no prohibits per l'article 33 de la Convenció¹⁶⁶. Per l'altre, en general, es reconeix que els instruments i les normes per a la protecció dels drets humans tenen efectes extraterritorials, és a dir, que els estats estan vinculats per les obligacions que se'n deriven si exerceixen jurisdicció extraterritorial o si fan actes d'autoritat fora del territori, i això suposa que el *non-refoulement* sigui aplicable també extraterritorialment quan estigui en joc la protecció de drets humans fonamentals.

El reforçament del *non-refoulement* a partir, sobretot, d'aquests dos motius duu necessàriament, a considerar que aquest principi contribueix a crear un *dret d'asil de facto*¹⁶⁷; o, com ho ha expressat Winfried Lang, a que la prohibició de *refoulement* s'hagi ja *transformat en una prohibició de «no entrada» respecte de les persones perseguides o seriosament amenaçades*¹⁶⁸. L'obligació de *non-refoulement* és per a

¹⁶⁵ Mohamed Salah Mohamed Mahmoud, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", *JDI*, núm. 3, 1996, pàg. 641.

¹⁶⁶ Jean-François Flauss, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés", Vincent Chetail et Jean-François Flauss (eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Brussel·les: Bruylant, 2001, pàg. 118.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pàg. 118; Terje Einarsen, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum", *loc. cit.* vol. 2, núm. 3, 1990, pàgs. 382-385; Richard Plender, Nuala Mole, "Beyond the Geneva Convention: constructing a *de facto* right of asylum from international human rights instruments", Frances Nicholson, Patrick Twomey (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pàgs. 85-92.

¹⁶⁸ Per aquest autor només hi hauria només una pretensió que aquesta transformació hagi tingut lloc, Winfried Lang, "Asile, refuge et droits de l'homme", *Société Française pour le Droit International*,

Fernando Mariño Menéndez *el principal límit jurídic al, d'altra forma, dret sobirà de qualsevol estat d'admetre o no admetre una persones estrangera en el seu territori*¹⁶⁹.

274. La premissa que dóna opció als estats en el control d'entrada en el territori és aplicable només limitadament en el cas dels demandants d'asil, per dues raons. Primer, les persones que tenen bones raons per témer estar exposades a persecucions en el seu país d'origen, constitutives de tortura, no poden ser-hi retornats de cap manera, en virtut del principi de *non-refoulement*. El risc d'aquest retorn il·legal només pot ser controlat amb un accés provisional a la protecció i amb l'administració del retorn, si és el cas. I, segon, perquè per als refugiats, la violació del principi que prohibeix el refús o *refoulement*, és generalment, irrevocable¹⁷⁰ i irreparable.

Aquestes dues diferències respecte de la situació d'altres migrants comporten per als refugiats les conseqüències següents: d'una banda, la decisió d'admetre o no un demandant d'asil o un refugiat, és *indestriable del respecte de la prohibició de "refoulement"* i, de l'altra, el caràcter generalment irrevocable d'una violació del principi de *non-refoulement*, implica el dret d'estar en el país en el que es sol·licita l'asil durant l'espera de la decisió final sobre la demanda¹⁷¹.

El contingut mínim de l'asil és precisament aquest: la protecció que en forma d'*estada provisional* un estat dóna a les persones que es troben en una situació de manca de protecció dels seus drets més fonamentals, o de temor de persecució, i que sol·liciten asil o refugi en el seu territori o sota la seva autoritat¹⁷².

Des de la perspectiva de l'interès dels estats, que és, per exemple, la perspectiva de la que parteix Kay Hailbronner, també s'arriba a la mateixa conclusió, aplicant arguments lògics. Per a aquest autor, el principi de *non-refoulement* no implica deures que vagin més enllà de les situacions de retorn o refús de l'individu, ja que *només*

Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés, Paris: Pédone, 1997 pàg. 88.

¹⁶⁹ Fernando Mariño Menéndez, "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho internacional general", *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pàg. 364.

¹⁷⁰ M.A. Swart, "Les problèmes liés à l'admission des demandeurs d'asile sur le territoire des états membres", *Le droit d'asile et les réfugiés: tendances actuelles et perspectives d'avenir. Actes du seizième Colloque de droit européen*, 15-17 setembre 1986, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1987, pàgs. 80-81.

¹⁷¹ *Ibidem*, pàg. 82.

¹⁷² Aquesta idea està avalada també, per l'Assemblea parlamentària i el Comitè de Ministres del Consell d'Europa, que han defensat que, fins i tot quan els estats han decidit no admetre en el seu territori els demandants d'asil, els han de deixar un termini raonable per a que cerquen l'admissió en un altre país. Assemblea consultiva, *Recommandation 293 (1961) relative au droit d'asile*, 26 de setembre de 1961, on es proposa un segon protocol addicional al Conveni de drets humans sobre asil, on en el punt quart es considera que els estats han d'atorgar un *termini raonable* als asilats o demandants d'asil perquè cerquin obtenir admissió en un altre país; i Comitè de Ministres, *Resolution 14 (1967) sur l'asile en faveur des personnes menacées de persécution*, 29 de juny de 1967; *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées*, vol.II, *Traités et textes juridiques à caractère universel*, Ginebra: Division de la protection internationale de l'Office de l'Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, LXI i LXII, pàgs. 443-444 i 445-446. En aquest sentit ho considera Hans Wiebringhaus, "Le droit d'asile en Europe", *AFDI*, vol. XIII, 1967, pàg. 574.

sorgeix una obligació jurídica dels estats de rebuda quan i en la mesura que un refugiat potencial, invocant un perill o persecució política, ha entrat dins de l'àmbit de la jurisdicció territorial d'un estat¹⁷³. Això no obstant, també accepta que es pot argumentar que seria contradictori procurar protecció contra refús en frontera o retorn, fent d'altra banda difícil, sinó impossible per als refugiats potencials atansar la situació en què el principi esdevé aplicable¹⁷⁴.

Certament, el refús immediat d'un demandant d'asil no comporta immediatament i necessària que l'estat sigui culpable d'un acte contrari al dret internacional convencional, a la Convenció de Ginebra o als instruments de protecció dels drets humans. Ara bé, el dret de les persones de no ser enviats de cap manera a un territori on la seva vida o la seva llibertat estan en perill *implica el dret de ser admesos si de la denegació d'entrada es deriva una violació directa o indirecta de la prohibició de refoulement*; i aquesta protecció del refugiat constitueix "asil"¹⁷⁵.

275. El principi de *non-refoulement* té una dimensió preventiva, que cerca evitar el simple risc de ser sotmès a tortura o tractes cruels inhumans o degradants¹⁷⁶. Els estats tenen un deure general de regir el seu comportament amb precaució en situacions que suposin un risc, i, d'això, s'infereix la necessitat que els estats admetin provisionalment els demandants d'asil. Els estats estan obligats a evitar ser l'inici o partícips d'una cadena de refusos que arribin a dur refugiats a les portes d'un lloc on puguin bé patir *persecució* en el sentit de la Convenció de Ginebra, bé tortura o tractaments inhumans o degradants o altres tractaments prohibits pel dret internacional. En el cas de risc de patir tortura o tractaments inhumans o degradants, els estats estan obligats per normes generals d'*ius cogens* que, com s'ha assenyalat, s'encavalquen en part amb les obligacions que deriven de la Convenció de Ginebra. L'estat que inicia aquesta cadena o que hi participa és jurídicament responsable de la situació contrària al dret internacional que consisteix en el *refoulement* del demandant d'asil vers un lloc on la seva vida, integritat, o dignitat, en sentit ampli, és en perill.

Des d'aquesta perspectiva, la jurisdicció o l'exercici d'autoritat per part de l'estat són els elements crítics de la garantia del respecte dels drets fonamentals dels demandants d'asil. L'estatut de drets i llibertats de la persona humana fora del lloc de la

¹⁷³ Kay Hailbronner, "Comments on: The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", Vera Gowlland-Debbas (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of contemporary International Law Issues*, op. cit., pàg. 115.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ María Teresa Gil Bazo, *El derecho al asilo como derecho subjetivo del individuo en derecho internacional. Especial referencia al derecho europeo*, Ann Arbor (Michigan-USA): ProQuest Information and Learning, 2001, pàg. 671.

¹⁷⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", *Conferencia dictada en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, copatrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (Conferencia Episcopal), y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC)*, 28 de novembre de 2000, pàgs. 33/55.

nacionalitat no té cap virtualitat aplicativa si no és per mediació bé d'una organització internacional, bé d'un estat de la comunitat internacional. I, en el context de la recerca d'asil, l'estat esdevé, per la seva condició d'ens territorial, la clau de la protecció de la persona, la garantia darrera dels seus drets. Per als demandants d'asil, hi ha una necessitat d'estat, malgrat tot.

Per a Guy Goodwin-Gill, el *non-refoulement* considerat des de la perspectiva de la seva aplicació en el temps, és a dir, que els refugiats no seran retornats allí on les seves vides o la seva llibertat puguin ser manllevades, *significa que els refugiats han de ser admesos i que l'estat de refugi, juntament amb la comunitat internacional, ha de trobat una solució al seu problema en un context de protecció dels drets humans i de la dignitat humana. (...) El non-refoulement en el temps implica, al menys, refugi temporal (...) aquestes nocions tenen el seu context, però no són solucions ni fins en elles mateixes. Depenen per a la seva efectivitat de la cooperació*¹⁷⁷.

276. En el context històric actual, la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals és un imperatiu de la comunitat internacional, perquè està prevista en normes obligatòries d'abast general, i perquè és percebuda com a legítima per tothom. L'autoritat i l'abast del *non-refoulement* resulta també del fet que és legítim per a qui tem ser perseguit o per a qui fuig d'una situació insostenible de violació de drets bàsics accedir a un espai de seguretat vital, i això, passa per l'accés provisional a un espai sotmès a la jurisdicció d'un estat.

Com defensa, Stephen Toope, *la qualitat obligatòria del dret consuetudinari és una expressió de la legitimitat del procés a través del qual és creat i del seu poder com a retòrica, no un resultat de la intenció fictícia de l'estat*.¹⁷⁸ La força del *non-refoulement* resulta, en aquest sentit, de la seva legitimitat i del seu arrelament en la comunitat internacional, entesa en sentit ampli, i no, de si hi ha una pràctica sense escletxes que l'avalí.

¹⁷⁷ Guy S. Goodwin-Gill, *Refuge or Asylum: International Law and the Search for Solutions to the Refugee Problem*, loc. cit., pàgs. 13-15/18.

¹⁷⁸ Stephen Toope, "Powerful but unpersuasive? The role of the United States in the evolution of customary international law", Michael Byers, Georg Nolte (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pàg. 325.



CAPÍTOL VIII L'ASIL EN EL PROCÉS DE CONSTRUCCIÓ EUROPEA.

DELS ACORDS DE SCHENGEN A L'ESPai DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA

277. La creació d'un mercat interior en l'espai format pels territoris dels estats membres de la Unió Europea, si bé és la conseqüència lògica del projecte de construcció europea endegat a mitjans del segle XX, ha suposat que s'hagin trastocat les regles del joc de les relacions entre els demandants d'asil i els estats als que arriben demanant-hi protecció.

El fet que l'eliminació dels controls a les fronteres interiors entre els estats suposi que les persones admeses en el territori comú poden, en principi, desplaçar-se lliurement per aquest, juntament amb la percepció cada cop més negativa respecte dels immigrants en general, i dels refugiats en particular, com a *free riders* del sistema de *welfare state* dels estats europeus, ha fet que els demandants d'asil també hagin estat objecte de regulació en el dret de la Unió, malgrat no estar directament relacionats amb la realització d'objectius de caràcter econòmic, ni tampoc amb la creació de ciutadania.

La decisió política d'implantar un *espai* de llibertat de circulació i els primers passos cap a la realització d'aquest objectiu van coincidir amb l'esfondrament del sistema bipolar, amb la desaparició de la concepció dels refugiats com a combatents polítics opositors als règims no *prooccidentals*, amb el tancament dels sistemes proactius d'immigració econòmica extracomunitària, i amb l'augment de la utilització de l'asil com a mitjà de la migració esperonada per una barreja de motius polítics i econòmics. Això va contribuir a considerar l'asil com un dels elements potencialment perillosos per a l'èxit de la creació d'un mercat interior, i a plantejar la regulació dels sistemes d'asil i d'accés als procediments d'asil conjuntament amb la regulació de la prevenció de la delinqüència, el tràfic de drogues, i la immigració irregular.

La regulació dels sistemes d'asil esdevenia així, únicament un mitjà instrumental per aconseguir l'èxit de l'objectiu econòmic basat en l'eliminació dels controls fronterers. La dimensió política i protectora de l'asil va passar a ser subsidiària de l'objectiu d'assolir l'èxit, mesurable econòmicament, de l'empresa liberalitzadora.

Les regles d'admissió en el territori comú dels demandants d'asil és un àmbit que continua sent competència estatal, i que es regula de manera força diferent d'un estat a un altre, com es veurà en el Capítol X. Malgrat això, les previsions normatives adoptades en el marc de la realització del mercat interior europeu, primer (Acords de Schengen i Conveni de Dublín, principalment); i de l'*Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia* (ELISiJ), després, han tingut una incidència directa o indirecta en les oportunitats dels demandants d'asil d'obtenir protecció en un dels estats membres.

Com s'ha exposat al Capítol III d'aquest treball, els estats europeus tendeixen a aplicar mesures per a la contenció i la regionalització dels fluxos de migracions forçoses; i a provar de mantenir els fluxos en les regions d'origen per tots els mitjans. Les migracions internacionals i, especialment, les migracions forçoses, en tant que menys controlables amb un exercici discrecional de sobirania, han estat acarades per part dels estats membres, principalment, des de la perspectiva de la seguretat, assumint que l'*amença* que suposen és objectiva.

Les migracions forçoses es perceben com una amenaça a la seguretat pública, en la mesura que poden ser aprofitades per persones perilloses per a l'ordre públic per les seves activitats delictives i, també, com una amenaça a la seguretat *societal*, en el sentit descrit per Ole Weaver. Aquesta amenaça pertorba especialment una Unió Europea sense identitat clarament definida, sinó *en formació*, on l'únic punt indiscutible és que no hi participa una categoria difusa on s'hi inclouen *els altres*. Aquesta percepció, que renova la dicotomia clàssica de Carl Schmidt de l'amic/enemic, aplicada ara a les comunitats humanes, resulta profundament contradictòria amb els objectius primers de la construcció europea, de creació d'un espai de llibertats democràtiques, polítiques, socials i econòmiques, on també hi participen la majoria d'aquests *altres*.

278. EL MARC DE LES ESTRATÈGIES ESTATALS RELATIVES A LES MIGRACIONS FORÇOSES EN QUÈ ES SITUA LA REGULACIÓ EUROPEA. Les estratègies dels estats resulten d'un conflicte d'interessos entre els demandants d'asil i els estats d'acollida, i incideixen en gairebé totes les fases de l'acció menada per part dels refugiats i demandants d'asil per cercar protecció territorial. En primer lloc, algunes d'aquestes tècniques pretenen *contenir* els refugiats en la seva regió d'origen¹ per a la qual cosa s'utilitzen *mesures que impedeixen la sortida* del propi país de persones que volen fugir, com són l'exigència de l'obtenció prèvia de visat d'entrada, o la imposició de sancions a les companyies de transports aèries o marítimes per la conducció de viatgers a països on no tenen *dret d'entrar*². En segon lloc, determinades mesures cerquen dissuadir els demandants d'asil perquè arribin a estats d'asil, amb procediments expeditius, mesures de detenció, garanties procedimentals molt minvades com recursos no suspensius de l'allunyament, o la utilització de propaganda i llenguatges negatius fent referència a la recerca d'asil³. En tercer lloc, d'altres tècniques pretenen evitar l'accés a un estat d'acollida, és a dir,

¹ Arthur C. Helton, "Refugees: An Agenda for Reform", Louis Henkin i J.L. Hargrove (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, "Chapter 4", *Studies in Transnational Legal Policy*, núm. 26, Washington, D.C.: The American Society of International Law, 1994, pàgs. 52-53.

² També se les anomena mesures de regionalització dels refugiats, ja que pretenen evitar el desplaçament de persones que podrien demanar asil en el lloc de destí, per exemple, Guy S. Goodwin-Gill, "International Law and Human Rights: Trends concerning International Migrants and Refugees", *IMR*, vol. XXIII, núm. 3, 1989, pàg. 545.

³ Per a una descripció i distinció entre les mesures de *containment* i de *deterrence*, Lisa Hassan, "Deterrence Measures and the Preservation of Asylum in the United Kingdom and United States", *JRS*, vol. 13, núm. 2, 2000, pàgs. 185-187.

l'entrada en el territori, amb una regulació específica de les *zones d'espera internacional* en els aeroports, o en zones anàlogues en altres llocs fronterers. En aquests espais, actualment, una gran majoria d'estats decideixen sumàriament sobre l'*admissibilitat* de la sol·licitud d'asil, com es veurà al Capítol X, la qual cosa es vincula a l'admissió en el territori, que sovint és refusada en cas de demandes de persones que han estat, encara que sigui de pas, en un *primer país d'asil* o en un *tercer estat segur*, o en cas de sol·licituds *manifestament no fonamentades* per altres motius.

Aquesta perspectiva reduccionista de la problemàtica dels fluxos migratoris forçosos s'ha traduït en les previsions normatives adoptades per part dels estats, però també en les mesures adoptades per part de la Unió Europea. Un dels problemes que es planteja, per tant, és si aquesta política adreçada a la reducció de les entrades il·legals d'immigrants econòmics a Europa, que afecta el dret de demanar asil i ser protegit, és compatible amb l'*ordre públic europeu* de la protecció dels drets humans.

Aquest capítol tractarà de les qüestions relatives a la posició de l'asil en el procés de construcció europea, a l'afectació d'aquest procés en l'estatut jurídic dels demandants d'asil, i a l'evolució de la perspectiva adoptada des de la Unió Europea respecte de l'entrada en l'espai comú per part dels demandants d'asil, i la seva admissió en un dels estats membres.

Els atemptats terroristes de Nova York, Washington i Pensilvània d'11 de setembre de 2001, els de Madrid d'11 de març de 2004, i els de Londres de 7 i de 21 de juliol de 2005, han contribuït a confortar la idea, subjacent a les polítiques migratòries dels estats membres des dels anys vuitanta, de la perillositat potencial dels estrangers, tant si aquests són demandants d'asil, com si no ho són. Sobretot els dos primers episodis terroristes, de 2001 i de 2004, fets per estrangers extracomunitaris, van suposar, paradoxalment, que s'implantés una visió territorialitzada de la seguretat, i que això justificués l'augment dels controls fronterers. Les regles d'admissió en el territori de la Unió Europea per als demandants d'asil, les dificultats de l'accés a les fronteres territorials de l'espai comú, així com la qüestió de la compatibilitat d'aquest règim encara en formació amb l'*ordre públic europeu*, seran objecte del Capítol següent, IX.

279. L'ALIANÇA PER A LA CONTENCIÓ VERSUS EL MODEL DISTRIBUTIU DE DESENVOLUPAMENT A LA UNIÓ EUROPEA. En el capítol tercer s'han plantejat quines són les dues majors perspectives que es poden adoptar per acurar les migracions forçoses, la perspectiva de l'estat, cada cop més presidida per la idea que cal preservar o augmentar la seguretat des de totes les vessants; i la perspectiva des de la persona, que procura la realització dels drets fonamentals. A la Unió Europea, la gestió dels migracions forçoses es va plantejar, des del començament, envers els anys vuitanta, com a un element necessari per a la preservació de la seguretat interna de l'espai de llibertat de circulació que es pretenia implantar i, només força més tard, amb la progressiva translació competencial de les qüestions relatives a la immigració i l'asil a la Comunitat europea, el fonament humanitari de la protecció de les persones ha anat infiltrant-se, amb dificultats.

Si plantegéssim en termes generals en què ha consistit l'acció de la Unió Europea i dels estats membres en matèria de migracions forçoses, podríem dir que s'ha fet majoritàriament una aproximació de cooperació o *aliança* per a la contenció o *alliance containment approach*, com ho ha anomenat Bhuppinder S. Chimni. Aquesta es caracteritza per (a) un règim de no entrada; (b) mesures de dissuasió; (c) controls fronterers severos amb pretextos varis; (d) un règim de protecció temporal en casos de fluxos massius de persones, malgrat les persones puguin ser considerades refugiats; (e) escassa assistència i ajuda als primers estats d'asil; (f) retorn no voluntari de refugiats en els països d'origen; (g) mínima ajuda a les societats després dels conflictes i la imposició de polítiques estructurals; i (h) intervencions humanitàries unilaterals per aturar violacions flagrants de drets humans. Per a Bhuppinder S. Chimni hi ha un model alternatiu, gairebé inexistent fins ara a Europa que seria el *distributive development model*, caracteritzat per: (a) el refús de polítiques unilaterals del Nord i la institucionalització d'un diàleg amb el Sud sobre les qüestions relatives als demandants d'asil i als refugiats; (b) l'acarament seriós de les causes dels fluxos de refugiats; (c) l'abandonament progressiu de les polítiques de no entrada; (d) el creixement de la disponibilitat per al reasentament dels refugiats; (e) l'ampliació de les oportunitats de migració legal; (f) l'augment de l'ajut al desenvolupament; (g) la reducció del deute dels països menys desenvolupats; (h) el major ajut incondicional del FMI i del Banc Mundial als estats que han sortit d'una situació de conflicte; (i) el major accés als productes del Sud als mercats del Nord per generar recursos propis; (j) l'augment dels fons de l'ACNUR; (k) l'establiment d'un òrgan de control del compliment de la Convenció de Ginebra; i (l) l'establiment de procediments d'entrada protegits⁴.

A. ELS ACORDS DE SCHENGEN I L'ASIL

280. L'objectiu de la creació d'un mercat interior a Europa a través de les Comunitats Europees no semblava que suposés en els anys vuitanta un canvi radical de perspectiva i de la metodologia aplicada fins aleshores per a la instauració d'un mercat comú de factors de producció: dosis importants d'*integració negativa*, amb aparells normatius de desregulació, i de garantia del respecte del principi del reconeixement mutu; i una *integració positiva* escassa, estrictament necessària i estretament vinculada al bon funcionament de les llibertats de circulació intracomunitàries.

Malgrat això, a l'hora de la veritat, la qüestió de la llibertat de circulació per a les *persones*, va ser observada amb una prevenció extrema per part d'alguns estats⁵, com a

⁴ Bhuppinder S. Chimni, "Two models of response to the global refugee problem", ponència en el *Congrés Mundial Moviments Humans i Immigració* celebrat els dies 2-5 de setembre de 2004 a Barcelona.

⁵ Sempre i quan aquest objectiu s'interpretés que significava la *supressió* total dels controls fronterers per a les persones, per tant, incloent-hi estrangers no nacionals d'un estat membre de les Comunitats. Un grup d'estats, representat pel Regne Unit, Irlanda i Dinamarca principalment, considerava que la lliure circulació de persones només es pot aplicar a persones nacionals d'un estat membre. Per contra, la Comissió i els

factor que podia pertorbar les bases de la seva política d'interior. La llibertat de circulació havia de tenir necessàriament implicacions en el tractament de les migracions i amb les qüestions d'ordre públic, i va ser considerada, per aquestes implicacions, una ingerència inacceptable en la sobirania de l'estat. En definitiva, l'objectiu de la implantació d'un mercat interior va fer esclatar l'aparença d'unitat d'acció a les Comunitats europees, i va significar l'inici d'una dissociació cada cop més gran entre els objectius proclamats a nivell de la Unió, i els mètodes i mitjans que els estats estan disposats a acceptar per assolir-los.

Aquesta dissociació va fer que la integració en aquesta matèria, fins al Tractat d'Amsterdam, es fes exclusivament en el que Steve Peers ha anomenat el *mercat negre*, és a dir, al marge de les institucions i mitjans de les Comunitats Europees i la Unió Europea, a través dels acords de Schengen⁶.

1. El dret de l'asil i la immigració en la perspectiva de la realització del mercat interior

281. Prop de cinc anys després de l'acabament del termini establert a l'Acta Única europea per a la completa realització del mercat interior⁷, i tenint en perspectiva la revisió

demés estats consideren que la supressió dels controls a les fronteres interiors abastava també nacionals de tercers estats. M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, Madrid: Civitas, 1994, pàgs. 194-195. Per part de la Comissió, per exemple, Cse E, *Communication de la Commission des communautés sur la libre circulation des personnes. Suppression des contrôles aux frontières. Prise de position de la Commission relative à l'interprétation de l'article 8.A du Traité CEE*, SEC (92) 877 final, de 8 de maig de 1992, §6-8 [Reproduïda al *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information (1) chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985*, Président, Paul Masson, Rapporteur, Xavier de Villepin, Doc. del Senat N°384, Tom II, juny de 1993, pàgs. 197-204].

⁶ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Harlow (UK): Logman, 2000, pàg. 2.

⁷ L'article 8.A del TCEE de l'AUE estableix la data de 31 de desembre de 1992 com a data límit per a la realització del mercat interior. L'Acta final de la Conferència de l'Acta Única europea contenia una Declaració annexa segons la qual, *la fixació de la data de 31 de desembre de 1992 no produirà efectes jurídics de manera automàtica*. Sobre la qualificació jurídica de l'article 8. A TCEE es va obrir un ampli debat per tal de resoldre si es podia afirmar l'existència d'una *obligació jurídica* relativa a l'establiment del mercat interior susceptible de ser sancionada. En general es van desllindar dues obligacions, en primer lloc, l'obligació d'adoptar les mesures destinades a establir progressivament el mercat interior, que seria una obligació *de comportament* (concretament una obligació *de fer*) que recauria en la *Comunitat*, institucions i estats membres segons els seus respectius àmbits de competències [J. Buekenhoudt, R. Goossens, "1^{er} janvier 1993! Abolition des douanes? «Oui, mais... !», *Revue des Affaires Européennes*, núm. 1, 1993, pàg. 32]. I en segon lloc, l'obligació de suprimir els controls a les fronteres interiors dels estats membres, que seria una obligació *de resultat*, que també obligaria les institucions comunitàries i els estats membres, tot i que aquesta obligació no seria susceptible de desplegar *efectes directes materials* o *de substitució* [Michel Ayral, "La suppression des contrôles aux frontières intracommunautaires", *RMUE*, núm. 1, 1993, pàg. 21; Claire-Françoise Durand, *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. 1. Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises*, 2^{ème} ed., Brussel·les: Institut d'Études Européennes, 1992, pàg. 23; M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, op. cit., pàg. 193; i Cse E, *Communication de la Commission des communautés sur la libre circulation des personnes. Suppression des contrôles aux frontières. Prise de position de la Commission relative à l'interprétation de l'article 8.A du Traité CEE*, SEC

del Tractat de la Unió Europea a Amsterdam, el mes de març de 1997, un Informe del Grup d'alt nivell sobre la lliure circulació de persones va tornar a posar de manifest que el procés d'integració comunitària europea encara no havia atansat plenament l'objectiu de la realització de la llibertat de circulació de persones, present en els tractats constitutius des de la seva primera versió. La lliure circulació de persones, tal com es va posar de manifest en aquest informe, havia de comportar el *dret d'entrar, circular i estar-se en un altre estat membre, així com la prohibició, en l'exercici d'aquest dret, de qualsevol discriminació fonamentada en la nacionalitat*⁸.

En el Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica europea de 1957 ja era present l'objectiu de la supressió dels *obstacles* a la lliure circulació de persones, tot i que aquest es concebia més com a alliberament dels factors de producció, que com a abolició dels controls fronterers per tothom⁹. L'Acta Única europea va fer un canvi qualitatiu en el significat d'aquest objectiu en introduir com a un dels *principis* de la Comunitat la realització d'un *mercado interior*¹⁰.

282. El concepte de *mercado interior* havia de comportar la superació de la noció més estricta de *mercado comú* i suposar la confirmació d'un canvi d'enfocament respecte de la construcció europea. Suposava l'obertura i l'aprofundiment del procés d'integració comunitària europea més enllà d'una perspectiva exclusivament econòmica¹¹. Més endavant, la introducció de la noció de *ciudadania de la Unió* en el Tractat de la Comunitat europea per part del Tractat de la Unió europea fet a Maastricht el 1992, també va modificar significativament el sentit de la lliure circulació de les *persones*, en incloure el *dret de circular lliurement i estar-se en el territori dels estats membres* com a un dels elements de l'estatut personal del ciutadà de la Unió¹².

(92) 877 final, de 8 de maig de 1992, §3].

⁸ Groupe de Haut Niveau sur la Libre Circulation des Personnes, présidé par Mme Simone Veil, *Rapport du Groupe de Haut Niveau sur la Libre Circulation des Personnes*, presentat a la comissió el 18 de mars de 1997, Luxemburg: OPOCE, 1998.

⁹ Article 3.c) del TCEE, i Títol III "Lliure circulació de persones, serveis i capitals". No obstant l'abast reduït de la lliure circulació de persones segons els tractats constitutius, en l'àmbit normatiu i jurisprudencial s'havia anat ampliant el seu abast a determinats membres de la família de la persona que exercís el dret de la lliure circulació: Reglament CEE del Consell núm. 1612/68, de 15 d'octubre de 1968, *relatiu a la lliure circulació de treballadors a l'interior de la Comunitat* (JOCE de 19 d'octubre de 1968, N° L 257/2-10); i TJCE sentències de 7 de juliol de 1976, assumpte *Watson et Belman*, núm. 118/75, *Rec.* 1976-2, pàgs. 1198-1199; de 13 de febrer de 1985, assumpte *Gravier c./Ville de Liège*, núm. 293/83, *Rec.* 1985-2, pàgs. 613-615; de 31 de gener de 1984, assumptes acumulats *Luisi et Carbone*, núms. 286/82 i 26/83, *Rec.* 1984-1, pàgs. 402-403.

¹⁰ Article 8.A TCEE introduït per l'article 13 de l'Acta Única europea (article 14 TCE-TUE Niça).

¹¹ L'article 8. A del TCEE aportava una *dimensió política inèdita* a la integració europea fins aleshores desenvolupada únicament en l'àmbit econòmic. Michel Ayrat, "La suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires", *loc. cit.*, pàg. 13; Wenczelas de Lobkowicz, "Quelle libre circulation des personnes en Europe?", *RMC*, núm. 334, pàgs. 93 i 95; Jean de Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, Brussel·les: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, pàgs. 154-156; Alfonso Mattera, "Un espace sans frontières intérieures: le défi de l'«Europe 1993»", *RMUE*, vol. 1, 1992, pàg. 5; i M^a Isabel Lirola Delgado, *op. cit.*, pàgs. 179-185.

¹² Groupe de Haut Niveau sur la Libre Circulation des Personnes, présidé par Mme Simone Veil,

Tal com va posar en relleu l'*Informe del Grup d'Alt Nivell sobre la Lliure Circulació de Persones*, resultava de les disposicions relatives a la ciutadania, en primer lloc, que la *lliure circulació de persones* que es constituïa en dret individual; en segon lloc, que s'afegia a la substància d'aquest dret que és la *circulació, l'estada*; en tercer lloc, que el dret s'atorgava a qualsevol ciutadà de la Unió, sense que fos important la seva condició en el mercat de treball; i, en quart lloc, que el gaudi d'aquest dret només podia ser limitat en les condicions expressament previstes pel tractat, o bé, per disposicions adoptades en aplicació seva, la qual cosa, exclouia considerar la inactivitat del legislador com a un obstacle¹³. Aquesta visió del *Grup d'Alt Nivell* va ser després confirmada per part del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees que va aplicar amb efectes directes alguns drets de la ciutadania de la Unió, com en les sentències dels casos *Rudy Grzelczyk* o *Baumbast*¹⁴.

a. Contingut i beneficiaris de la llibertat de circulació

283. Malgrat la definició del *mercat interior* com a un *espai sense fronteres interiors* on estaria assegurada la lliure circulació, el *dret d'entrada* per a un ciutadà de la Unió no suposava l'eliminació automàtica i permanent de tots els controls i, per tant, també dels controls d'identitat en travessar les fronteres interiors. L'expressió de la *frontera* com a obstacle material a la lliure circulació era mantinguda¹⁵. Per a alguns estats, el *dret*, per a un ciutadà de la Unió, *d'entrar* en qualsevol estat membre de la Unió diferent del de la seva nacionalitat, es concretava en el dret d'accedir al territori presentant un carnet d'identitat o un passaport en vigor.

La Comissió de les Comunitats, per contra, concebia l'acabament del mercat interior només quan s'haguessin eliminat no només les fronteres *tècniques* i *fiscals*, sinó també les fronteres *físiques*¹⁶, és a dir, aquells obstacles que es refereixen a la significació *funcional* de les fronteres, com a lloc on s'exerceixen els diferents controls que són l'expressió de la sobirania dels estats¹⁷.

La controvèrsia entre un i altre plantejament provenia de la divergència entre els estats respecte de la concepció de l'*abast personal* d'aquesta llibertat, en un espai que es

Rapport du Groupe de Haut Niveau sur la Libre Circulation des Personnes, presentat a la comissió el 18 de mars de 1997, Luxemburg: OPOCE, 1998.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ TJCE, sentència de 20 de setembre de 2001, afer *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, núm. C-184/99, Rec. 2001; TJCE, sentència de 17 de setembre de 2002, afer *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, núm. C-413/99, Rec. 2002.

¹⁵ Jean-Christophe Peaucelle, "L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives", *RFDA*, vol. 6, núm. 4, 1990, pàg. 519.

¹⁶ CseE, *L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du conseil Européen* (Milan, 28-29 juin 1985), COM (85) 310 final, Brussel·les, 14 de juny de 1985, §10, pàg. 5.

¹⁷ Claude J. Berr, "Reflexions su l'abolition des frontières dans la C.E.E.", Maurice Flory, Rosalyn Higgins, *Liberté de circulation des personnes en droit international*, Paris: Economica, 1988, pàg. 80.

definia com un espai *sense* fronteres interiors. Alguns estats (principalment el Regne Unit, Irlanda i Dinamarca) sostenien que els beneficiaris de la llibertat de circulació eren només els nacionals dels estats membres, i no els estrangers extracomunitaris¹⁸. Els altres estats, juntament amb la Comissió, consideraven que en un espai sense controls a les fronteres interiors, assegurar la llibertat de circulació del ciutadans de la Unió, implicava que tothom tingués aquest dret, i que els controls es fessin únicament a les fronteres exteriors, i, eventualment, dins del territori, en l'exercici habitual de les funcions de policia, es a dir, sense distingir entre ciutadans i no ciutadans¹⁹. Aquesta discussió, en definitiva, era i continua sent el fruit de la contradicció que encara no resolta entre la pretensió de l'acabament del mercat interior com a objectiu comunitari i, alhora, no desenvolupar a la Comunitat, a partir d'una atribució competencial adequada, el poder de regular els fluxos migratoris entre l'espai territorial comunitari i l'exterior²⁰.

b. La qüestió dels demandants d'asil en el marc del mercat interior

284. El règim aplicable als demandants d'asil en el marc de la Unió Europea constituïa també un dels aspectes controvertits que dificultaven la realització del mercat interior perquè incideix en tots dos vessants d'aquest objectiu. El vessant extern, el de la reglamentació del traspàs de les fronteres i, per tant, l'accés a un lloc d'asil; i el vessant intern, és a dir, el que es refereix a la presa en càrrec per part d'un estat del demandant, el tractament de la seva demanda, les condicions d'acollida, etc.

¹⁸ En un primer moment també Grècia. Els altres estats, la Comissió i el Parlament europeu sempre han considerat que havia d'abastar també als nacionals de tercers estats que es trobessin en el territori d'un dels estats membres; Ciss E, *Communication de la Commission des communautés sur la libre circulation des personnes. Suppression des contrôles aux frontières. Prise de position de la Commission relative à l'interprétation de l'article 8A du Traité CEE*, SEC (92) 877 final, de 8 de maig de 1992, §6-8, PE, *Avis juridique sur la notion de "personnes" à l'article 8A du traité CEE*, §10-11, pàg. 6 [Reproduïdes al *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information (1) chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985*, loc. cit., pàgs. 197-204 i 205-213]. Fent una anàlisi lògica del significat de la noció per arribar a les tesis de la Comissió, Thomas Hoogenboom, "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", *EJIL*, vol. 3, núm. 1, 1992, pàgs. 38-41.

¹⁹ En relació a aquest debat, entenen que la lliure circulació de persones en el context de la realització d'un espai *sense* fronteres ha d'abastar a tothom, nacionals d'un estat membre i estrangers, Michel Ayrat, "La suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires", loc. cit., pàg. 20; M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, op. cit., pàg. 197; Wenceslas de Lobkowicz, "Quelle libre circulation des personnes en 1993?", loc. cit., pàg. 96; Patricia Jiménez de Parga Maseda, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid: Tecnos, 1994, pàg. 104; Alfonso Mattera, "Un espace sans frontières intérieures: le défi de l'«Europe 1993»", loc. cit., pàg. 9; Richard McMahon, "Maastricht's third pillar: load-bearing or purely decorative?", *LIEI*, núm. 1, 1995, pàgs. 56-57. Per part de les institucions, també el Parlament Europeu es va pronunciar en aquest sentit, *Avis juridique sur la notion de "personnes" à l'article 8A du traité CEE*, loc. cit., §10-11, pàg. 6.

²⁰ El desequilibri entre aquests dos factors ha estat posat de manifest per Richard McMahon, "Maastricht's third pillar: load-bearing or purely decorative?", loc. cit., pàg. 56.

La qüestió dels demandants d'asil, però, no va ser pràcticament contemplada com una qüestió específica o en funció de la problemàtica pròpia, que per ella mateixa calia que fos resolta, sinó que formava part de tota una amalgama de problemes que afectaven la seguretat interior dels estats, com la delinqüència internacional, el tràfic de drogues i la immigració irregular.

La realització d'un *mercat interior* corria el risc de patir distorsions si els estats membres adoptaven unilateralment mesures en àmbits relatius a la justícia i afers d'interior, o polítiques per combatre immigració il·legal, terrorisme, tràfic de droga, frau i crims a escala internacional²¹. A més a més, les mesures que els estats europeus havien anant adoptant unilateralment per fer front als fluxos de migracions forçoses només reduïen temporalment l'arribada de nous demandants d'asil, mentre altres estats ajustaven a la baixa la seva reglamentació. Les devaluacions competitives només comportaven la transferència de la problemàtica dels demandants d'asil i potencials refugiats d'un estat europeu cap a un altre, però no s'aconseguia fer front al fons del problema²²: les noves problemàtiques generades per la combinació dels nous fluxos de migració forçosa, el tancament dels sistemes de migració econòmica en els estats europeus, i la reducció de les possibilitats d'accés al territori.

Per tot això, el repte per evitar el fracàs del mercat interior era minimitzar les possibilitats de que els estats poguessin fer excepcions a la llibertat de circulació amb controls justificats per qüestions d'ordre públic, salut i seguretat públiques, fins al *irreductible mínim necessari*²³ amb l'adopció de mesures col·lectives. L'eliminació dels controls fronterers suposava, de d'aquesta perspectiva, que haguessin estat harmonitzats alguns sectors normatius dels estats, de forma que fos possible substituir els controls unilaterals dels estats a les fronteres interiors per controls equivalents reforçats a les fronteres exteriors, aplicant condicions d'entrada uniformes.

285. Ben aviat es va detectar que la Comunitat, probablement, no havia estat investida de competències expresses suficients per abordar les matèries relatives als motius dels controls fronterers que normalment efectuen els estats, en tots els seus aspectes²⁴. La

²¹ Peter-Christian Müller-Graff, "The Legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty", *CMLR*, vol. 31, núm. 4, 1994, pàg. 501.

²² Bernhard Santel, "European Union and Asylum Seekers. The Harmonization of Asylum and Visa Policies", Dietrich Thränhardt (ed.), *Europe. A New Immigration Continent. Policies and Politics in Comparative Perspective*, 2^a ed., Münster: Lit Verlag, 1996, pàgs. 121-122; Gil Loescher, "The European Community and Refugees", *JA*, vol. 65, núm. 4, 1989, pàg. 624.

²³ S'accepta que aquestes justificacions siguin vàlides, però com que difícilment es poden reconciliar amb les exigències de la noció de mercat interior com a un àrea sense fronteres interiors, com a mínim han de ser reduïdes les possibilitats d'al·legar-les per imposar controls. David O'Keeffe, "The Free Movement of Persons and the Single Market", *ELR*, vol. 17, núm. 1, 1992, pàg. 9.

²⁴ Consideraven que existia una competència mixta o concurrent per tal de realitzar les accions *necessàries* per a l'establiment del mercat interior, Claus Dieter Ehlermann, "The internal market following the single European act", *CMLR*, vol. 24, 1987, pàgs. 367-368; Thomas Hoogenboom, "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", *loc. cit.*, pàg. 50; M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre*

consecució d'un espai de llibertat de circulació entre els estats evocava tot un seguit de qüestions, unes vinculades a la seguretat dels estats i, d'altres, que afectaven àmbits considerats sensibles per als estats, com els relatius a la immigració, control de l'entrada, estada i circulació de estrangers no comunitaris, i l'asil, la regulació dels qual era inevitable.

La realització efectiva d'un *espai* sense fronteres interiors havia de comportar dos aspectes. Per un costat, la supressió efectiva dels controls que realitzen els estats a les fronteres amb altres estats membres i, per l'altra, la desaparició del *sentit* d'aquests controls a la frontera, és a dir, l'assoliment d'un nivell d'integració positiva en relació a les condicions de seguretat que, en cas contrari, podien justificar els controls, i posar en funcionament un sistema unificat de controls a les fronteres exteriors²⁵.

Evitar els efectes perversos a què podria donar lloc la llibertat de circulació *de facto* de totes les persones exigia, com a contrapartida, tant l'organització de controls uniformes a les fronteres exteriors com el reforçament de la cooperació judicial i policial a l'interior dels estats. En aquest sentit, tant la instauració de controls uniformes com una estreta cooperació judicial i policial són una *compensació* tant per la pèrdua d'eficàcia que els controls a les fronteres interiors havien anat experimentant, com per la *limitació de l'autonomia de cada estat en àmbits que tradicionalment han estat considerats com a nucli dur de la sobirania nacional*²⁶.

Circulación de Personas y Unión Europea, op. cit., pàg. 197; Wenceslas de Lobkowicz, "Quelle libre circulation des personnes en 1993?", loc. cit., pàg. 96; i Giorgio Gaja, "Le «due velocità» in tema di circolazione delle persone", *RDI*, vol. LXXII, 1989, pàg. 640.

²⁵ L'eliminació dels controls a les fronteres interiors no significa l'eliminació de tots els controls que puguin realitzar els estats en el seu territori, fins i tot a la frontera, però aquests, hauran de fer-se en les mateixes condicions que en el mercat nacional [Michel Ayral, "La suppression des contrôles aux frontières intra-communautaires", loc. cit., pàg. 20]. Un criteri per distingir els controls que es poden seguir efectuant en els territoris dels estats membres, fins i tot a les fronteres, i aquells que quedarien prohibits, ve donat pels límits que el TJCE estableix en la seva jurisprudència als controls efectuats pels estats. A la sentència de 27 d'abril de 1989, en un assumpte *Comissió de les Comunitats europees c. Bèlgica* [núm. 321/87, Rec. 1989-4, §15, pàg. 1011], el TJCE estableix que la realització de controls a l'entrada d'un estat membre pot constituir un obstacle a la lliure circulació de persones, depenent de quines siguin les circumstàncies, quan els controls s'efectuïn d'una forma *sistemàtica, arbitrària o amb una severitat inútil*. Si les circumstàncies no ho justifiquen, els controls només poden ser esporàdics i no sistemàtics. En una altra sentència, de 30 de maig de 1991, en un assumpte *Comissió de les Comunitats europees c. Països Baixos* [núm. C-68/89, §11], s'estableix que els únics controls que es poden exigir a l'entrada d'un estat són controls d'identitat que permetin establir el dret a la llibertat de circulació (especialment es tenia en compte l'ample abast que la lliure circulació de serveis). David O'Keeffe, "The Free Movement of Persons and the Single Market", loc. cit. pàgs. 10-11. Encara que la lògica del mercat interior hauria de dur a l'eliminació completa dels controls interiors, en una mesura limitada aquests continuaran existint justificant-se en qüestions d'ordre públic, seguretat i salut públiques, però els límits d'aquests controls han de venir donats pel necessari equilibri a assolir entre aquests factors i la lliure circulació. Els controls en tot cas han de ser *necessaris i proporcionats* a l'objectiu a assolir, i els elements donats per la jurisprudència del TJCE poden establir les bases per a valorar quan es compleixen aquests requisits.

²⁶ J.P.H. Donner, "Abolition of border controls", Henry G. Schermers et al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pàg. 8.

286. L'any 1985 la Comissió de les Comunitat europees ja va identificar diversos àmbits per als que preveia, bé la necessitat d'establir una cooperació administrativa entre les autoritats de policia i xarxes de transmissió d'informacions, bé harmonitzacions legislatives, mesures de coordinació per a l'aplicació de regles, o bé, polítiques comunitàries i regles comunes. En aquell moment ja s'identificava el tema de l'asil i la situació dels refugiats, com a sectors sobre els que caldria proposar mesures²⁷. Posteriorment, l'anomenat *grup de coordinadors*, que s'havia anat formalitzant com a instància de cooperació intergovernamental per a les qüestions relacionades amb la lliure circulació de persones sota la Presidència del Consell, va identificar amb més concreció al *Document de Palma* els problemes que impediien la lliure circulació de persones, on també es va incloure un inventari precís de les mesures necessàries per tal de superar-los²⁸.

En relació a la immigració i l'asil, el *Document* proposava una sèrie de *mesures essencials*, entre les que destacaven la determinació de l'estat responsable de l'examen d'una sol·licitud d'asil i el recurs a un procediment simplificat o prioritari en cas de sol·licituds manifestament no fonamentades; i unes *mesures desitjables*, com l'aproximació dels criteris de concessió del dret d'asil i de reconeixement de l'estatut de refugiats.

Respecte dels sistemes d'asil dels estats, la lliure circulació de persones, en primer lloc, podia suposar una certa distorsió si es produïa un augment significatiu dels fluxos de refugiats cap als estats amb més avantatges econòmics i socials²⁹. Això, d'altra banda, podia fomentar la cursa dels estats per reduir aquests avantatges, molts d'ells derivats de normes de dret internacional que configuren obligacions per als estats, anteriors a la construcció europea. En segon lloc, la situació del dret d'asil en els estats membres, podia encarar-se a problemes com els de les demandes d'asil simultànies en diferents estats; el fenomen de l'*asyl-shopping*, consistent en la interposició successiva de demandes d'asil en diferents estats membres; o el dels refugiats *en òrbita*, demandants d'asil que són refusats d'un estat a un altre sense que cap d'ells es faci càrrec de la seva sol·licitud ni del retorn al lloc d'origen, si s'escau (normalment pel joc del concepte de *país de primer asil*) i que es troben en una situació no volguda de trànsit permanent entre els estats.

²⁷ Cse, *L'achèvement du marché intérieur. Livre Blanc de la Commission à l'intention du conseil européen* (Milan, 28-29 juin 1985), COM (85) 310 final, Brussel·les, 14 de juny de 1985, § 55, pàgs. 15-16.

²⁸ El "Grup de Coordinadors" es va reunir sis cops mentre va durar la Presidència espanyola l'any 1989 a Palma de Mallorca. Angel Boixareu Carrera, "Los trabajos del Grupo de Coordinadores para la libre circulación de las personas: el 'Documento de Palma'", *Gaceta Jurídica de la C.E.E.*, B-48, núm. 72, pàg. 4. Sobre aquest document, que va ser mantingut secret, també Wenceslas de Lobkowicz, "Quelle libre circulation des personnes en 1993?", *loc. cit.*, pàgs. 100- 102; Sophie Perez, "La suppression des frontières physiques dans la Communauté européenne: les incertitudes du Traité de Maastricht", *Les Petites Affiches*, de 26 de juny de 1992, núm. 77, pàg. 11. El *Document de Palma* va ser adoptat pel Consell europeu de Madrid de juliol de 1989.

²⁹ El lligam de l'asil amb la lliure circulació, com diu Lobkowicz, *apareix des de que es pren consciència de que la primera preocupació del demandant d'asil és trobar un estat membre on la seva demanda sera examinada*. Wenceslas de Lobkowicz, "Quelle libre circulation des personnes en 1993?", *loc. cit.*, pàg. 97.

Si bé aquests problemes tenen el seu origen en les llacunes de la reglamentació internacional sobre l'asil³⁰, la supressió de les fronteres interiors entre diferents estats amb legislacions diferents sobre asil, els donaria una dimensió molt més ampla³¹.

2. La realització del mercat interior a través de la cooperació intergovernamental. Els convenis internacionals de Schengen i Dublín

287. Al costat del nou impuls de la construcció europea que suposa, en un primer moment, l'Acta Única europea de 1986³², la realització completa d'alguns objectius comunitaris va començar a traslladar-se cap a fórmules de cooperació intergovernamental. Aquesta tendència, de signe contrari a l'aprofundiment de la competència de la Comunitat, es va consolidar pels fets i, per al conjunt d'estats membres de les Comunitats, la cooperació intergovernamental en els afers de justícia i interior es va institucionalitzar al Tractat de la Unió europea de Maastricht de 1992, en el Títol VI³³.

Aquest canvi de mètode no es justificava per una suposada incapacitat tècnica dels instruments normatius comunitaris, ni tant sols per la manca de competència de la Comunitat per a la realització dels objectius plantejats. La decantació cap a formes de cooperació intergovernamental per a aquestes qüestions s'explicava, únicament, per la combinació de diversos factors com la profunda divergència respecte de la significació concreta dels objectius de la Comunitat per part dels diferents actors (institucions i estats membres); la dinàmica interna de funcionament de les institucions de la Comunitat i l'evolució del projecte comunitari³⁴, és a dir, la ralentització de l'acció de la Comunitat³⁵; i,

³⁰ M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, op. cit., pàg. 239, i també, Claude Norek, "Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire", *RFDA*, vol. 5, núm. 2, 1989, pàgs. 200-201. Tracta també d'aquestes qüestions, a "La crisis del modelo estatutario: la generalización de las situaciones atípicas o de no derecho", Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid: Trotta, 1991, pàgs. 121-126.

³¹ En aquest sentit s'expressa Frédérique Doublet, "L'action de l'Union européenne dans le domaine du droit d'asile", Société Française pour le Droit International, *Colloque de Caen. Droit d'asile et des réfugiés*, Paris: Éditions A. Pédone, 1997, pàg. 219.

³² L'impuls anterior a l'AUE s'estudia amplament, per exemple, a Pierre Gerbet, *La construction de l'Europe*, Paris: Imprimerie Nationale, 1983, pàgs. 348-459. Pel que fa al context posterior a la adopció, Robert Kovar, "Communautés Européennes. Histoire de la construction européenne", *Juris-Classeur EUROPE*, vol. 3, fasc. 100, 1989, pàgs. 6-9; i Jean de Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, op. cit., pàgs. 8-22.

³³ En general, sobre aquest títol, Adrian Fortescue, "La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le Traité de Maastricht", Bruno Nascimbene (ed.), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milan: Giuffrè Editore, 1995, pàgs. 27-34; i Joerg Monar, Roger Morgan (eds.), *The Third Pillar of the European Union*, Brussel·les: European University Press, 1994.

³⁴ Joseph H.H. Weiler, "I. La transformación de Europa" (trad. M^a Ángeles Ahumada Ruíz), *Europa, fin de siglo*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1995 pàgs. 47-48, 88-95 i 12-121. Per a aquest autor la història de la construcció europea es pot analitzar a partir de l'equilibri inestable de la tensió entre els actors estatals i entre cada actor i la Comunitat, que comporta alternativament un protagonisme dels actors estatals i de la Comunitat.

finalment, el context social, polític i econòmic en els estats parts. La creixent heterogeneïtat entre els estats membres va comportar també una creixent diversitat en les visions del projecte de construcció comunitària, i això es va traduir, per exemple, en les interpretacions diferents que es feien sobre l'abast de la definició de *mercat interior* o sobre l'abast de l'extensió de l'*autorització normativa*, és a dir, de les competències i els poders transferits a la Comunitat per a la seva realització. En definitiva, va ser una concepció diferent de l'abast del propi objectiu allò que va condicionar l'opció política sobre l'exercici de la competència de la Comunitat.

288. Per a la realització de la lliure circulació de persones dins de l'espai únic, els estats membres van adoptar una perspectiva que partia, principalment, dels perills i les distorsions per a la *seguretat interior* que aquesta llibertat de circulació podia suposar. La tensió entre llibertat i seguretat, dos elements amb un cert grau de conflictivitat entre ells³⁶ no es va resoldre dins de la Comunitat europea, al cap i a la fi, l'entorn natural del *mercat interior*, sinó que es va traslladar a l'àmbit de la gestió intergovernamental.

Els estats van considerar que l'atribució competencial no abastava qüestions com l'harmonització dels controls a les fronteres exteriors, la instauració de formes de cooperació i col·laboració entre els diferents agents estatals per tal de coordinar la lluita contra el terrorisme, el tràfic d'estupefaents, etc³⁷. Així, van optar de fet per tractar aquestes qüestions en seu de cooperació intergovernamental³⁸, i hi van incloure, també, la cooperació relativa a les persones nacionals d'un estat tercer a la Comunitat (o estrangers extracomunitaris), la immigració i l'asil. La *seguretat interior* i l'ordre públic, sectors vinculats al nucli de la sobirania dels estats, van exercir una *vis atractiva* sobre aquests àmbits i els van separar de les *llibertats*, més pròpiament comunitàries, fins al punt d'absorbir-los.

³⁵ Dorette Corbey, "Dialectical functionalism: stagnation as a booster of European integration", *IO*, vol. 49, núm. 2, 1995, pàgs. 253-284.

³⁶ John Alderson, "Are Border Controls Necessary?", Roland Bieber, Renaud Dehousse, John Pinder, Joseph H.H. Weiler (eds.), 1992: *One European Market?. A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, pàgs. 307-308.

³⁷ El Parlament europeu i la Comissió van defensar el parer contrari, tot i que, al final, la Comissió va acceptar la perspectiva de la cooperació intergovernamental. Va considerar que les declaracions formulades pels estats membres amb motiu de l'AUE no podien fer minvar l'abast dels termes utilitzats en els tractats constitutius, però que podien *completar-los*. La Comissió va acceptar que els estats adoptessin mesures per ajudar a la realització d'un objectiu comunitari, i va considerar que s'extreia tant dels articles del tractat, com de les declaracions, que per assolir l'objectiu de l'acabament del mercat interior, s'havien de prendre decisions *tant per part de les institucions com per part dels estats membres, segons les competències respectives*. CseE, *Communication de la Commission sur l'abolition des contrôles des personnes aux frontières intracommunautaires*, COM (88) 640 final, Brussel·les, 7 de desembre de 1988, § 9

³⁸ El recurs a formes de cooperació intergovernamental es converteix en un dels mitjans per realitzar objectius que són estrictament comunitaris. Roberto Adam, "La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht", *RDEuropeo*, núm. 2, 1994, pàgs. 226-228. Criticant aquesta aproximació intergovernamental, per exemple, David O'Keeffe, "The Free Movement of Persons and the Single Market", *loc. cit.*, vol. 17, núm. 1, 1992, pàg. 12.

289. ELS ACORDS DE SCHENGEN³⁹ I EL CONVENI DE DUBLÍN COM A PRIMERS ELEMENTS DE LA GESTIÓ COMUNA DE L'ASIL A LA UE. Es van desenvolupar dos marcs o fòrums de cooperació intergovernamental en funció de la realització de l'objectiu de la lliure circulació de persones. El primer girava entorn de l'Acord de Schengen de 1985 i el Conveni d'aplicació d'aquest acord, de 1990⁴⁰, relatius a la *supressió dels controls a les fronteres comunes*⁴¹ que aplegava només alguns dels estats membres de les Comunitats, França, Alemanya, Bèlgica, Països Baixos i Luxemburg, als que s'hi anaren afegint Itàlia, Espanya, Portugal, Àustria, Dinamarca, Finlàndia, Suècia, i també Islàndia i Noruega⁴². El segon va anar aplegant en cada moment tots els estats membres de les Comunitats o de la Unió, i s'organitzava, primer, entorn d'un grup de “coordinadors especials per a la lliure circulació

³⁹ Per a una anàlisi general dels acords, per exemple, Vendelin Hreblay, *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Brussel·les: Bruylant, 1998.

⁴⁰ Sobre el procés que condueix al desenvolupament d'aquesta forma de cooperació, la crisi dels transports que va acabar amb l'Acord *relatiu a la supressió gradual dels controls a la frontera*, signat a Saarbrück el 13 de juliol de 1984, que va precipitar la cooperació Schengen i, en general, sobre els acords de Schengen, Luc Chocheyras, “Les accords de Schengen”, *Les accords de Schengen. Quelle politique migratoire pour la Communauté*, Luxembourg: Institut Universitaire International Luxembourg, 1992, pàg. 106; *id.*, “La Convention d'application de l'Accord de Schengen”, *AFDI*, vol. XXXVII, 1991, pàg. 808; M^a Isabel Lirola Delgado, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, *op. cit.*, pàgs. 187-207; Wenceslas de Lobkowicz, “Quelle libre circulation des personnes en 1993?”, *loc. cit.*, pàg. 95; Francisco Javier Rubio de Urquía, “El acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación”, *Boletín ICE (Información Comercial Española) Económico*, núm. 2289, 1991, pàg. 2472; Julian J.E. Schutte, “Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe”, *CMLR*, vol. 28, 1991, pàgs. 549-551.

⁴¹ En general, sobre el contingut del Conveni, Rinaldo Bontempi, “Gli Accordi di Schengen”, Bruno Nascimbene (ed.), *Da Schengen a Maastricht*, *op. cit.*, pàgs. 35-49.

⁴² *Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes firmado en Schengen el 14 de junio de 1985*. El Protocol d'adhesió del govern del Regne d'Espanya al citat acord, tal com va quedar esmenat pel Protocol d'adhesió del govern de la República italiana firmat a París el 27 de novembre de 1990, va ser signat a Bonn el 25 de juny de 1991, i es troba publicat al *BOE* núm. 181, de 30 de juliol de 1991, pàgs. 25108-25111; i *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990*. L'Instrument d'adhesió del Regne d'Espanya a aquest conveni, al qual abans es va adherir la República italiana per acord firmat a París el 27 de novembre de 1990, va ser signat el 25 de juny de 1991, i es troba publicat al *BOE* núm. 81, de 5 d'abril de 1994, pàgs. 10390-10422 (Correcció d'errors, *BOE* núm. 85, de 9 d'abril de 1994, pàg. 10884). Aquest Conveni va entrar en vigor de forma general l'1 de març de 1994, i va començar a aplicar-se en la seva totalitat des del 26 de març de 1996, per a Bèlgica, Alemanya, França, Luxemburg, els Països Baixos, Espanya i Portugal, segons la decisió del Comitè executiu (SCH(Com-ex (94) 29, 2^a rev.) de 22 de desembre de 1994; *BOE* núm. 71, de 24 de març de 1995, pàg. 9213. Per als altres estats que s'hi van adherir (Grècia, Itàlia, Àustria), el Conveni va posar-se en aplicació entre els anys 1997 i 1998. L'1 d'abril de 1998 es va posar en aplicació del Conveni de Schengen entre Alemanya, Àustria i Itàlia amb la supressió dels controls de persones a les fronteres terrestres d'Àustria amb Alemanya al Nord, i amb Itàlia, al Sud (els controls en els aeroports de ciutadans procedents de la zona Schengen ja havien estat eliminats l'1 de desembre de 1997). La posada en aplicació per a Dinamarca, Finlàndia i Suècia ha coincidit amb la de Islàndia i Noruega, a partir de 25 de març de 2001, tal com es va establir a la *Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2000 relativa a la puesta en aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega (2000/777/CE)*, *DOCE* de 9 de desembre de 2000, N° L 309/24-27.

de persones" institucionalitzat a partir de 1989 com a *Grup ad hoc immigració*⁴³ i, posteriorment, a partir del TUE de Maastricht de 1992, entorn del *Comité de coordinadors* de l'article K.4 del Títol VI^e d'aquest tractat. D'aquest darrer fòrum de cooperació va sorgir en relació a l'asil, el *Conveni relatiu a la determinació de l'estat responsable de l'examen de les sol·licituds d'asil presentades en els estats membres de les Comunitats europees*, adoptat a Dublín el 15 de juny de 1990⁴⁴ pel estats membres i que va entrar en vigor l'1 de setembre de 1997⁴⁵.

Els dos processos de cooperació van plantejar el trasllat dels controls fronterers a les fronteres exteriors i l'adopció de *mesures compensatòries* relatives a la seguretat per assolir l'objectiu d'un espai sense fronteres⁴⁶.

290. Els acords de Schengen es van configurar com un sistema coherent i complet de regles per tal d'establir el marc normatiu suficient de la supressió dels controls a les fronteres interiors. La posada en aplicació del Conveni d'aplicació Schengen de 1990, el març de 1996, va comportar la creació d'un nou espai geogràfic amb la supressió dels controls interiors, un nou país que molts van començar a anomenar *Schengenland*⁴⁷ i, simultàniament, l'activació de tot un conjunt de normes sobre cooperació entre autoritats nacionals, controls harmonitzats a les fronteres exteriors, i una determinada política en

⁴³ Pel que fa a les seves activitats i funcionament, Antonio Cruz, *Schengen, Groupe ad hoc Immigration et autres instances intergouvernementales européennes en vue d'une Europe sans frontières*, Brussel·les: Comité des Églises auprès des migrants en Europe, Doc. de treball núm. 12, 1993, pàgs. 17-20.

⁴⁴ *Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, fet a Dublín el 15 de juny de 1990 (Protocol de correcció d'errors en la versió espanyola, de 24 de novembre de 1993). Va ser signat pels estats membres de les Comunitat europees aquest mateix dia, excepte Dinamarca que ho va fer el 13 de juny de 1991. Aquest Conveni va entrar en vigor l'1 de setembre de 1997, i va ser publicat a Espanya al *BOE* núm. 183, de 1 d'agost de 1997, pàgs. 23598-23604.

⁴⁵ Sobre aquest marc de cooperació i el Conveni de Dublín, Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix", *Migrations Société*, vol. 2, núm. 12, 1990, pàgs. 56-64; Patrick Stéfani, Frédérique Doublet, "Le droit d'asile en Europe: la Convention relative à la détermination de l'état responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un état membre des communautés européennes", *RMC*, núm. 347, 1991, pàgs. 393-394; Jaap W. de Zwaan, "Institutional problems and free movement of persons. The legal and political framework for cooperation", Henry G. Schermers et al. (eds.), *Free Movement of Persons in Europe. Legal problems and Experiences*, Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pàgs. 335-351. La forma de l'acord internacional constituïa una aproximació pragmàtica, per afavorir la participació de tots els estats, però era una opció que privilegiava la garantia dels seus interessos més que les qüestions essencials de l'objecte de regulació, alhora que confirmava el desplaçament de la competència comunitària cap a la cooperació intergovernamental. André Nayer, "La Communauté européenne et les réfugiés", Marc Bossuyt et al., *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi de l'asile*, Brussel·les: Bruylant, 1990, pàg. 147; François Julien-Lafferrière, "L'incidence de la construction européenne sur le droit d'asile (à propos de la Convention de Schengen)", *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal, droit européen*, Paris: Gazette du Palais-Litec, 1992, pàg. 40-43.

⁴⁶ Aquesta perspectiva corresponia a una opció política derivada de pressions socials i una conjuntura poc favorable més que de la complementarietat de la lògica de la *lliure circulació* i la de les *mesures compensatòries* que, en realitat, s'oposen. Didier Bigo, "Enjeux du troisième pilier du traité sur l'Union européenne", *Politique étrangère*, núm. 1, 1996, pàg. 129.

⁴⁷ Kay Hailbronner, Claus Thiery, "Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum applications in Europe", *CMLR*, vol. 34, 1997, pàg. 959.

relació a l'accés al territori i circulació de persones no nacionals d'un dels estats membres de les Comunitats europees, que incloïa la distribució dels demandants d'asil entre els estats parts d'acord amb uns criteris anomenats de *responsabilitat*.

La fórmula de cooperació entre tots els estats membres (o *cooperació a dotze* fins a la seva substitució per la *Cooperació en Afers de Justícia i d'Interior* del Tractat de la Unió Europea) va desenvolupar-se amb realitzacions parcials i relativament autònomes sobre només alguns dels diferents temes que evocava la lliure circulació de persones.

291. El Conveni de Dublín *relatiu a la determinació de l'estat responsable de l'examen de les sol·licituds d'asil presentades en els estats membres de les Comunitats*, i el Capítol VII del Conveni d'aplicació de Schengen de 1990 titulat "Responsabilitat de l'examen de les sol·licituds d'asil", tenien únicament per objecte establir un sistema per determinar quin estat havia de fer-se càrrec d'una persona que havia arribat en l'espai demanant asil⁴⁸. Cap dels dos instruments s'ocupava del dret d'asil d'una forma comprensiva, ni dels seus aspectes procedimentals o substantius, únicament establien un sistema per al repartiment dels demandants d'asil, basant-se en la major participació en la presència del demandant en l'espai comú.

Tos dos convenis pretenien fer front a dos fenòmens que es consideraven distorsionadors del correcte funcionament dels procediments de concessió d'asil en els estats membres, que podrien veure's agreujats en el context d'un espai sense fronteres interiors⁴⁹: la presentació de múltiples demandes d'asil en diferents estats europeus sota la mateixa identitat o sota diferents identitats, i l'existència de demandats d'asil *en òrbita*.

El primer fenomen es considerava que es derivava d'un *abús* dels procediments de concessió d'asil i, el segon, de la manca de coordinació entre les diferents normatives nacionals sobre asil que aplicaven criteris com el principi del *país de primer asil* o *estat segur* per fer devolucions aparentment legítimes⁵⁰. Els dos convenis establien el principi segons el qual *només un dels estats parts en el conveni serà responsable de l'examen* d'una sol·licitud d'asil presentada en el territori d'un d'ells i, l'estat *responsable* hauria de fer-se càrrec de la persona que feia la sol·licitud. En tots dos convenis es definien uns criteris semblants, organitzats jeràrquicament per tal d'identificar l'estat *responsable* de l'examen

⁴⁸ Un precedent d'aquesta regulació es pot trobar en el projecte de Convenció *sobre la responsabilitat per examinar les demandes d'asil*, presentada pel CAHAR (Comitè *Ad Hoc* d'experts sobre els aspectes jurídics de l'Asil territorial, dels Refugiats i dels apàtrides) al Comitè de Ministres del Consell d'Europa en la reunió de 29 de novembre de 1988. El text del projecte està reproduït a Adriana Beghè Loreti, *Rifugiati e richiedenti asilo nell'area della Comunità europea. Studio per una riforma del diritto di asilo in Italia alla luce degli strumenti internazionali, delle legislazioni negli Stati membri della Comunità Europea, e del decreto legge 30 Dicembre 1989, n. 416 sulle norme urgenti in materia di asilo politico*, Padova: CEDAM, 1990, pàgs. 335-341.

⁴⁹ Brigitte Néel, "L'accord de Schengen", *AJDA*, 20 octubre 1991, pàg. 670.

⁵⁰ El Conveni de Dublín i el Conveni d'aplicació Schengen *es configuren teleològicament com a instruments que potencien una aplicació més eficaç de la convenció de Ginebra de 1951*. Concepció Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *RIE*, vol. 20, núm. 1, 1993, pàgs. 53-98.

d'una demanda d'asil, i unes modalitats pràctiques d'aplicació dels criteris de *responsabilitat* previstos.

292. El Conveni d'aplicació Schengen de 1990, establia també un règim de controls a les fronteres exteriors i les bases d'una política comuna relativa a les migracions en els estats europeus, regulant les condicions d'accés al territori i circulació de les persones no nacionals d'un estat membre de les Comunitats. La posada en aplicació d'aquestes mesures també va tenir efectes directes i indirectes sobre els procediments interns relatius a l'asil, que, des de la perspectiva de la construcció europea, han fet variar de forma substantiva l'*estatut* de les persones que sol·liciten asil en un estat membre de les comunitats europees.

El Títol IV^e del Tractat de la Unió Europea de Maastricht de 1992 va introduir una *Cooperació en Afers de Justícia i d'Interior* on s'establia que *per a la realització dels fins de la Unió, en particular, de la lliure circulació de persones*, els estats membres consideraven *d'interès comú* determinats àmbits entre els quals es trobava la política d'asil.

El TUE de 1992 comportava, així, el reconeixement del desdoblament metodològic per tal d'assolir un objectiu enterament comunitari, la lliure circulació de persones: per un costat, en el Tractat de la Comunitat europea es conservava a l'article 7.A la definició de l'objectiu d'assolir un mercat interior, com a *espai sense fronteres interiors*, i s'incorporava l'article 100.C per a l'adopció de normes sobre visats (determinació dels tercers estats els nacionals dels quals havien d'estar proveïts d'un visat en traspasar les fronteres exteriors de la Unió, i mesures relatives a un model uniforme de visat); i per un altre costat, s'incorporava al Tractat de la Unió europea un nou àmbit de cooperació intergovernamental, el Títol VI^e, per tal de servir als fins de la Unió Europea, especialment la *lliure circulació de persones*.

3. La incidència dels acords de Schengen en l'estatut dels demandants d'asil a Europa

293. L'estratègia dels acords de Schengen, ara incorporats a la Unió Europea, és una estratègia per a la preservació i l'augment de la seguretat interior d'un espai format pels territoris dels estats parts, principalment basada en la contenció del perill forani a través del reforçament de les fronteres exteriors. Les fronteres exteriors de la Unió es projecten com a conseqüència d'això més enllà del límit territorial dels estats⁵¹, com ho reflecteixen diversos aspectes de la gestió de la migració extracomunitària.

Com ha exposat Theodora Kostakopoulou, els objectius de la regulació europea són, en aquest sentit: en primer lloc, mantenir la pressió migratòria en l'origen, independentment del fet que sigui voluntària o forçosa; en segon lloc, fer una gestió més eficient de les migracions en tots els seus estadis, construint un model de cercles

⁵¹ Theodora Kostakopoulou, "The 'Protective Union': Change and Continuity in Migration Law and Policy in Post-Amsterdam Europe", *JCMS*, vol. 38, N° 3, September 2000, pàg. 511.

concèntrics (primer el dels estats Schengen; segon, el dels estats associats que voregen el primer cercle; tercer, el dels estats de l'antiga unió soviètica i del nord d'Àfrica que han de lluitar contra el trànsit i les xarxes de migració il·legals, i; quart, el dels estats de l'Orient mitjà, la Xina i la resta de l'Àfrica, que hauran de cooperar per combatre les raons que empenyen la gent a migrar); i, en tercer lloc, substituir la intercepció dels immigrants il·legals després que entrin, per la desincentivació abans que entrin⁵².

Aquesta perspectiva de la política migratòria comunitària tot just embastada s'ha reflectit tant en la proliferació dels acords de readmissió fets per la Comunitat i també pels estats membres, com també en diverses propostes normatives que plantegen la *deslocalització* de la tramitació de les demandes d'asil amb la creació de *zones de protecció* en les regions d'origen dels demandants d'asil i *centres de processament de trànsit*, just a la part no comunitària de les fronteres exteriors de la Unió⁵³.

a. La tensió entre la protecció dels demandants d'asil i els objectius d'una política d'immigració a Europa

294. El trasllat *de fet* d'àmbits competencials no expressament atribuïts a les Comunitats a esferes de cooperació intergovernamental en matèria de política interior i de gestió de les fronteres exteriors, per tal d'atansar els objectius comunitaris, va tenir conseqüències específiques respecte dels demandants d'asil. Sota el rètol de servir la seguretat interior dels estats i de l'*espai* comunitari, àmbits materials relatius a l'estatut jurídic de persones estrangeres, immigrants voluntaris o forçosos, amb un vincle indissoluble amb els drets humans i els principis humanitaris, van començar a ser gestionats en fòrums de cooperació intergovernamental.

Després de l'AUE, l'objectiu de la lliure circulació de *persones* dins del marc de la realització d'un *mercat interior* va posar de manifest la dificultat de transcendir la dimensió econòmica de la Comunitat, per quant la vocació política de la integració europea apareixia com a no estrictament *necessària*⁵⁴. No obstant el fet que la cooperació intergovernamental i l'opció d'utilitzar instruments convencionals en matèria de lliure circulació de persones es justificava pel seu vincle la *seguretat* dels estats, respecte de la que la Comunitat no tenia competència expressa, amb el seu desenvolupament, aquesta opció va escampar-se més

⁵² *Ibidem*, loc. cit., pàgs. 511-514.

⁵³ Aquestes derivacions exteriors de la política europea han estat fortament criticats per la doctrina. Pel que fa als acords de readmissió, Daphné Bouteillet-Paquet, "Passing the Buck: A Critical Analysis of the readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States", *EJML*, vol. 5, 2003, pàgs. 359-377. Quant a les propostes de *zones de protecció* en les regions d'origen i de *centres de processament de trànsit*, Gregor Noll, "Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones", *EJML*, vol. 5, 2003, pàgs. 303-341. Per exemple, els Països bàltics, juntament amb Àustria havien proposat establir una d'aquests zones a Ucraïna per tramitar preliminarment les demandes de persones provenint de Rússia.

⁵⁴ David O'Keeffe, "From Maastricht to the 1996 intergovernmental conference: the challenges facing the Union", *LIEI*, núm. 2, 1994, pàg. 150.

enllà de la cooperació de policia i justícia, i va abastar les condicions d'accés, circulació i estada en el territori dels estrangers extracomunitaris, així com la lluita contra la immigració il·legal i la política d'asil. La cooperació intergovernamental al costat de la integració comunitària europea va operar com un sistema de *spill-over* però al revés, és a dir, no d'absorció de competències dels estats en funció dels objectius comunitaris, sinó de desplaçament de les competències lligades a la realització d'un objectiu comunitari cap els estats.

295. Aquest fet va contribuir enormement a que s'anés configurant una *confusió* entre àmbits de diferent naturalesa molt diferents, els quals passaven a ser observats des de la perspectiva de la *seguretat*, fins i tot quan, com en el cas del *dret d'asil*, estaven estretament vinculats a la protecció dels drets de la persona i a la configuració de les societats europees com a espais d'acollida per als perseguits oprimits o *lluitadors per la llibertat*.

L'objectiu plantejat en termes de *llibertat* de circulació va passar a dependre per a la seva realització d'una única perspectiva que partia de la *seguretat* dels estats, i que implicava una lògica de *controls* i d'exclusió⁵⁵. Aquests dos aspectes complementaris⁵⁶ dels objectius de la construcció europea, amagaven la tensió entre la cooperació *per al control* i la cooperació *per a la protecció i l'assistència*⁵⁷ a favor de la primera. La construcció d'un *espai de llibertat interior* entre un nombre d'estats es va traduir en polítiques restrictives en relació a l'exterior, cosa que perjudicava qui es trobava una situació específica de *necessitat de protecció*, és a dir, els demandants d'asil.

Aquesta substitució de la intensitat de l'aspecte seguritari en relació a les llibertats ha fet que, en el context europeu, el terme *refugiat* evoqui d'antuvi la qüestió de la seguretat interior dels estats i el *control* de la immigració, i no la protecció dels drets humans⁵⁸.

⁵⁵ Després de la conclusió de l'Acord de Schengen el 1985 es van posar en funcionament els quatre grups d'experts ja constituïts l'any 1985 per a la redacció de l'Acord, els quals van prosseguir els treballs en els diferents àmbits previstos durant cinc anys, fins arribar a l'adopció del que es va anomenar *Conveni d'aplicació* de l'Acord de Schengen. Els esdeveniments polítics i socials dels cinc anys que passaren entre l'Acord de 1985 i el Conveni de Schengen de 1990 van marcar, en certa mesura, el canvi de perspectiva des de la que s'observava la supressió dels controls per a les persones a les fronteres interiors en el marc de la cooperació internacional. A l'Acord de 1985, l'accent es posava en l'harmonització dels dispositius per tal d'assolir el lliure pas per les fronteres, mentre que en el Conveni d'aplicació es va reforçar considerablement la dimensió de la *seguretat interior*, i l'eix principal va passar a ser la cooperació interestatal en vistes a la realització d'un veritable espai homogeni en els aspectes policials, judicials i duaners. Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix", *loc. cit.*, pàgs. 56-57.

⁵⁶ Didier Bigo, "Enjeux du troisième pilier du traité sur l'Union européenne", *loc. cit.*, pàg. 129.

⁵⁷ Louis B. Sohn, Thomas Buergenthal (ed.), *The Movement of Persons Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, núm. 23, Washington, D.C.: The American Society of International Law, 1992, pàg. 172.

⁵⁸ Danièle Joly, "Le Droit d'Asile dans la Communauté Européenne", *IJRL*, vol. 1, núm. 3, 1989, pàg. 366. Segons aquesta autora *els governs europeus perceben els refugiats com a una amenaça potencial per a la seguretat de l'estat, i citen el "terrorisme" per justificar les restriccions imposades als demandants d'asil*. La noció de *seguretat de l'estat* no és una noció neutre, sinó que en definitiva expressa una forta càrrega ideològica que privilegia l'estat per sobre de l'individu.

En l'harmonització de les polítiques en matèria d'asil a Europa amb vistes a la realització del mercat interior s'oposen les dues perspectives d'anàlisi descrites al Capítol III d'aquest treball: la que tendeix a preservar la seguretat interior dels estats, especialment amb la dissuasió policial a les fronteres, i la que té com a principal punt de referència la protecció dels drets humans, on s'inscriu el manteniment de les tradicions d'acollida dels estats europeus⁵⁹. El binomi seguretat/llibertat es projecta en el dret d'asil, en el qual la recerca d'un equilibri entre les dues perspectives té com a límit el respecte de les llibertats democràtiques i dels drets humans reconeguts pels estat, i assumits per aquests d'acord amb el dret internacional. Superar aquest límit significa que es compromet la *legalitat* de les mesures adoptades en l'aplicació de polítiques comunes, en relació tant a tractats internacionals com als ordenaments jurídics interns, així com també que es compromet la *legitimitat* de l'avenç de la construcció europea⁶⁰.

b. Aspectes que poden afectar la situació dels demandants d'asil en l'aplicació del Conveni de Schengen

296. L'asil no és objecte de regulació completa en el Conveni d'aplicació de 1990 ni tampoc es pretén que ho sigui. L'asil només es planteja com a una càrrega migratòria que cal gestionar, per a la qual cosa basta la distribució dels demandants entre els estats membres d'acord amb uns criteris que els responsabilitzin de la deficient gestió migratòria i d'una eventual ineficient clausura de fronteres. Malgrat això, alguns elements del conjunt normatiu Schengen per tal d'assolir la supressió dels controls a les fronteres interiors entre els estats parts poden afectar l'exercici del dret de sol·licitar asil⁶¹.

Per un costat, el règim d'accés als procediments d'asil del Capítol VII del Títol segon del Conveni d'aplicació afavoreix que els estats apliquin de forma restrictiva els controls i les condicions d'entrada en el territori per tal d'evitar ser responsables de l'examen de demandes d'asil. Per l'altre, disposicions del mateix conveni, tot i no referir-s'hi *directament*, poden afectar l'exercici del dret d'asil, com per exemple, les disposicions sobre el traspàs de les fronteres, la política de visats, i les anomenades *mesures de recolzament* del Títol II.

⁵⁹ Roland-Pierre Paringaux, "L'Europe et les réfugiés", "Colloque franco-suédois sur «Les nouveaux enjeux des droits de l'homme» (Stockholm, 20-21 avril 1989)", *RDP*, vol. 5, 1990, pàg. 1323.

⁶⁰ Els riscos que respecte dels drets humans podria suposar la supressió de les fronteres van ser posats de manifest i valorats ja a la conferència que va tenir lloc a Estrasburg els dies 20 i 21 de novembre de 1989, *Droits de l'Homme et Communauté européenne. Vers 1992 et au-delà*. Sintèticament, l'informe de Antonio Cassese, Andrew Clapham, Joseph H.H. Weiler, 1992. *Quels sont nos droits? Un programme d'action en matière de droits de l'homme*, actes de la conferència, Estrasburg, 1989, pàg. 7.

⁶¹ Els estats volen mantenir la integritat del seu territori mitjançant l'exercici de la seva llibertat de controlar l'accés al país, però aquest objectiu no pot ser únic, ni tampoc pot primar en relació al dret d'asil. Jean-Yves Carlier, "Harmonisation des politiques d'asile des pays d'Europe: Les enjeux juridiques", *RDE*, núm. 69, 1992, pàg. 153-154.

En aquest sentit, poden afectar l'exercici del dret d'asil les mesures que tenen com a primer objectiu la lluita contra la immigració il·legal, i que limiten l'accés al territori dels estats parts als estrangers extracomunitaris de diverses maneres:

1. impedit l'*entrada* en el territori mitjançant l'harmonització de controls estrictes a la frontera exterior;
2. fent més difícil la *sortida* del propi país, amb normes que gairebé generalitzen l'obtenció visats d'entrada i amb *mesures d'acompanyament* que fan referència a l'obligació de les companyies de transports de fer-se càrrec d'estrangers no admesos en el territori (i la possibilitat que siguin sancionades); i
3. introduint *restriccions* a l'estatut dels estrangers dins de l'espai comú.

Pel que fa a les primeres, el Conveni d'aplicació de Schengen preveu en el Capítol 2 del Títol II, les mesures que es refereixen al pas per les *fronteres exteriors*. L'entrada de persones està sotmesa a l'exercici de controls per part de les autoritats competents, que s'efectuaran en el marc de les competències nacionals i segons la legislació nacional, però d'acord amb uns *principis uniformes, tenint en compte els interessos de totes les parts contractants*⁶². D'entre aquests principis uniformes s'estableix que el control de les persones no només inclourà la comprovació dels documents de viatge i de les demés condicions d'entrada, residència, treball i sortida⁶³, sinó *també la investigació i prevenció de perills per a la seguretat nacional i l'ordre públic de les parts contractants*⁶⁴. El Conveni estableix una *obligació* per a les parts contractants de refusar l'entrada a qui no compleixi les condicions previstes, tot i que preveu que, quan una part contractant consideri *necessari establir una excepció a aquest principi per motius humanitaris o d'interès nacional o per obligacions internacionals*, pugui admetre la persona en el seu territori⁶⁵.

⁶² Article 6§1 del Conveni d'aplicació Schengen.

⁶³ Previstes a l'article 5 del Conveni d'aplicació Schengen. *Vid. Infra* XI.

⁶⁴ Article 6§2 a) del Conveni d'aplicació Schengen. En les disposicions sobre l'entrada per les fronteres exteriors, s'expressa la *dimensió unitària* del territori, en la necessitat que tant els controls a l'entrada com a la sortida, hagin d'efectuar-se tenint en compte no només els interessos propis, sinó també *els de les demés parts contractats*. Per a aquesta fi, s'institueix una assistència i cooperació estreta i permanent, que inclogui l'intercanvi d'informacions i l'harmonització de les instruccions donades als serveis responsables dels controls, així com el foment de la formació i actualització de coneixements uniformes per al personal destinat als controls (article 7 del Conveni d'aplicació Schengen). En aquesta línia d'actuació, i per aproximar els criteris respecte dels principis uniformes de l'article 6 del Conveni que han d'informar el controls, el Comitè executiu va adoptar el *Manual Comú de Fronteras* (Doc. SCH/Com.-ex., (93) 4 rev. de 14 de desembre de 1993, modificat el 22 de desembre de 1994, Doc. SCH/Com.-ex. (94) 23 rev.). Patricia Jiménez de Parga Maseda, "Reflexiones sobre la puesta en aplicación «en su totalidad», el 26 de marzo de 1995, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990", *RIE*, vol. 22, núm. 3, 1995, pàg. 922.

⁶⁵ Article 5§3 del Conveni d'aplicació (en la versió francesa, article 5.2). A la versió espanyola d'aquest article hi ha un error en la numeració dels paràgrafs, ja que el que apareix amb el número 2 és en realitat el punt e) del paràgraf 1.

297. Pel que fa al segon tipus de mesures, les que impedeixen *de fet* la sortida del propi país, en realitat, traslladen el control d'accés al territori lluny de la frontera exterior. En el Conveni d'aplicació Schengen es preveu una política comuna de visats de curta durada, i les anomenades *mesures d'acompanyament*, que consisteixen bàsicament en preveure la responsabilitat de les empreses de transport que duguin a les fronteres dels estats parts persones que no reuneixen les condicions necessàries per ser admeses en ells. En matèria de política de visats (capítol tercer del Títol II), es preveu el compromís dels estats d'harmonitzar progressivament les seves polítiques, l'establiment d'un llistat comú de països, els nacionals dels quals hauran d'obtenir un visat per entrar en territori comú, i la creació d'un *visat uniforme*⁶⁶.

La funció dissuasòria de les mesures generals restrictives de la immigració, és fins i tot més palesa en les anomenades *mesures d'acompanyament* del capítol sisè del Títol II⁶⁷. En aquest apartat es preveu que les empreses de transport que hagin dut a la frontera exterior d'un estat contractant, per via aèria, marítima o terrestre, un estranger a qui es refusa l'entrada en el territori, estaran obligades a *fer-se'n càrrec* immediatament, i tornar-lo a l'estat tercer que hagi lliurat el document de viatge que duu l'estranger, o a un altre estat que l'admeti a entrar. S'estableix l'*obligació* de les companyies de transport de prendre les mesures necessàries per assegurar-se que l'estranger té els documents que l'autoritzen a entrar en el territori de les parts contractants, i el compromís dels estats de preveure *sancions* contra els transportistes que per via aèria o marítima (o terrestre en autocars que fan rutes internacionals per carretera) duguin des d'un tercer estat fins el territori de les parts contractants, un estranger que no tingui els documents de viatge exigits⁶⁸.

Tant les mesures relatives a visats com les sancions als transportistes han estat represes i desenvolupades en el marc normatiu de la Unió Europea, com es veurà al Capítol IX.A.

B. L'ESPAI DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA I EL DRET D'ASIL. DE TAMPERE A LA HAIA

298. Després del fracàs relatiu que va significar la Cooperació en Afers de Justícia i Interior, es va establir una nova distribució dels àmbits materials lligats a la realització de la llibertat de circulació de persones entre l'estructura comunitària i la intergovernamental amb la revisió del Tractat de la Unió Europea feta a Amsterdam, i

⁶⁶ Articles 9 i 10 del Conveni d'aplicació Schengen.

⁶⁷ Concepción Escobar Hernández, "El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", *loc. cit.*, pàg. 89.

⁶⁸ Article 26 del Conveni d'aplicació de Schengen.

es va configurar un nou objectiu, que pretenia recollir totes les dimensions de la realització del mercat interior: la creació d'un *Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia*⁶⁹.

1. Envers un *Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia*

299. Un dels èxits de la Conferència Intergovernamental de 1996 i 1997 va ser la incorporació del guió quart a l'article 2 del Tractat de la Unió europea, en el Títol I de *Disposicions comunes*, on s'expressava que era un *objectiu*⁷⁰ de la Unió

mantenir i desenvolupar la Unió com un espai de llibertat, seguretat i justícia, on estigui garantida la lliure circulació de persones conjuntament amb mesures adequades respecte del control de les fronteres exteriors, l'asil, la immigració i la prevenció i la lluita contra la delinqüència

a. El trànsit entre l'objectiu del mercat interior i l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia

300. En la seva forma actual és un objectiu nou de la Unió tot i que, pel seu contingut, reprèn i perfecciona un vell objectiu de la Comunitat europea, la completa realització del mercat interior com un *espai* sense fronteres interiors. El Tractat d'Amsterdam suposa incorporar en la mateixa denominació de l'objectiu de la Unió relatiu a la llibertat de circulació les anomenades mesures complementàries, que, quantitativament, el superen, i que passen a ser tenir una autonomia major.

El nou Tractat de la Unió Europea també va suposar que es reajustessin els instruments jurídics previstos per realitzar-lo. La Comissió europea en el document *Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia* de 14 de juliol de 1998, va considerar que hi havia una relació indissoluble entre els tres conceptes, i que la plena realització d'un d'ells suposava la dels altres dos⁷¹. Per a la Comissió, la *llibertat* perdia sentit si no se'n podia gaudir en un entorn *segur* basat en un *sistema judicial* en el que es pogués tenir

⁶⁹ Per a una panoràmica general de la política europea respecte del les persones nacionals de tercers països, Elspeth Guild, *Immigration Law in the European Community*, La Haia, Londres, Boston: Kluwer Law International, 2001; Barbara Melis, *Negotiating Europe's Immigration Frontiers*, La Haia, Londres, Boston: Kluwer Law International, 2001.

⁷⁰ Henri Labayle, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *RTDe*, vol. 33, núm. 4, 1997 pàg. 821, parla de l'assignació d'un objectiu *inèdit* a la Unió. També sobre aquest nou objectiu, Alejandro del Valle, "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, núm. 3, 1998, pàgs. 47-51.

⁷¹ El lligam que explícitament es fixa entre la lliure circulació de persones i les mesures d'acompanyament per tal d'assegurar el manteniment i desenvolupament d'un nivell alt de seguretat a la Unió, es considera que suposa també la introducció d'una *condició* prèvia a la posada en funcionament de la lliure circulació. Henri Labayle, "La libre circulation de personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam", *AJDA*, N° 12, 20 desembre de 1997, pàg. 933.

confiança⁷². Tots tres conceptes es considerava que tenien un *denominador comú*, les *persones*, i que calia mantenir l'equilibri entre ells⁷³.

301. La percepció de la insuficiència dels resultats obtinguts en la *Cooperació en assumptes de justícia i interior* instaurada pel Tractat de Maastricht de 1992⁷⁴, juntament amb el relatiu èxit de la cooperació instaurada per mitjà dels Acords de Schengen, va conduir a que moltes veus s'alcessin per demanar la revisió del sistema. Algunes institucions⁷⁵, el *Grup de Reflexió*⁷⁶, organitzacions no governamentals⁷⁷ i una part de la doctrina⁷⁸ van defensar la recuperació del mètode comunitari per a les qüestions lligades a la lliure circulació de persones que es consideraven *d'interès comú* en el marc de la CAJI.

Finalment, el Tractat d'Amsterdam va afirmar l'objectiu del manteniment i desenvolupament de la Unió com a *espai de llibertat, seguretat i justícia* i, en paraules de la Comissió *es dota a la Unió del marc necessari per realitzar-lo*, reforçant-se els seus instruments, i confirmant-se el *mètode comunitari*. En primer lloc, es van comunitaritzar

⁷² Csse, *Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (1998) 459 final, Brussel·les, 14 de juliol de 1998, pàg. 1.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ En relació a la manca d'eficàcia de l'acció de la unió en matèria d'asil en el Tractat de Maastricht, i la inadequació del marc institucional previst, dèficit democràtic, dèficit de control judicial, etc., Roland Bank, "The Emergent EU Policy on Asylum and Refugees", *NJIL*, vol. 68, núm. 1, 1999, pàgs. 1-17.

⁷⁵ Csse, *Dictamen de la Comisión. Reforzar la Unión política y preparar la ampliación*, COM (96) 90 final, Brussel·les 28 de febrer de 1996, § 18, pàg. 7. La Comissió demanava que es transferissin els àmbits de la justícia i afers d'interior al marc comunitari, excepte la cooperació judicial en matèria penal i la cooperació de policia. El PE va fer una llista de matèries que, a parer seu, havien de ser comunitaritzades. PE, *Resolución que contiene (i) el dictamen del Parlamento europeo sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental y (ii) la evaluación de los trabajos del Grupo de Reflexión y la definición de las prioridades políticas del Parlamento Europeo con vistas a la Conferencia Intergubernamental*, Actes de la sessió de 13 de març de 1996, *DOCE* d'1 d'abril de 1996, N° C 96/79 i 81, § 2.II i 5.1.

⁷⁶ *Informe del Grupo de Reflexión*, desembre de 1995, *RTDe*, vol. 32, núm. 1, 1996, § 49-53, pàgs. 162-163.

⁷⁷ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Position on the functioning of the Treaty on European Union in relation to asylum policy*, març de 1997, § 10, pàg. 2.

⁷⁸ Deidre M. Curtin, J.F.M. Pouw, "La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?", *RMUE*, núm. 3, 1995, pàgs. 32-34; Franklin Dehousse, Lode Van den Hende, "Plaidoyer pour la réforme du troisième pilier", *RMCUE*, núm. 403, 1996, pàgs. 714-718; Roel Fernhout, "Justice and Home Affairs: Immigration and Asylum Policy. From JHA co-operation to communitarisation", Jan A. Winter, Deidre M. Curtin et al. (eds.), *Reforming the Treaty on European Union -The Legal Debate-*, The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1996, pàgs. 389-399; Jean-Paul Jacqué, "Affaires intérieures et justice. Quelques réflexions", *RMUE*, núm. 3, 1995, pàg. 286; Richard McMahon, "Maastricht's Third Pillar: Load-bearing or purely decorative?", *loc. cit.*, pàg. 64; Isabelle Montaut, "La communautarisation du second et du troisième piliers du Traité de l'Union européenne, dans la perspective de la réforme institutionnelle de la CIG de 1996", *RMCUE*, núm. 408, 1997, pàgs. 335-348; David O'Keeffe, "Recasting the Third Pillar", *CMLR*, vol. 32, 1995, pàg. 920; Marcelino Oreja, "La Conférence intergouvernementale 1996: quarante ans de coopération européenne à un tournant", *RMUE*, núm. 3, 1995, pàg. 8; Daniel Vignes, finalment, sense oposar-se al principi de la comunitarització, fa una crida a la prudència a l'hora d'actuar en aquest sentit, Daniel Vignes, "Plaidoyer pour le III^{ème} pilier", *RMCUE*, núm. 397, 1996, pàgs. 273-281.

parcialment diversos àmbits de l'antic tercer pilar (CAJI)⁷⁹ amb la creació d'un nou Títol IV en el TCE *Visats, asil, immigració i altres polítiques relacionades amb la lliure circulació de persones* (articles 61 a 69). En segon lloc, es va recomposar i reduir l'abast del Títol VI^e del TUE que passava a ser de *Cooperació de policia i judicial penal*, i es va afirmar el paper de les institucions en la cooperació en els àmbits previstos⁸⁰. En tercer lloc, es va disposar la integració del bagatge Schengen en el marc de la Unió europea, en un Protocol annex al TUE, on es preveia que el Consell hauria de decidir quina base jurídica corresponia a cada element d'aquest bagatge normatiu⁸¹. El Tractat d'Amsterdam va configurar una reorganització de les bases jurídiques de la llibertat de circulació i dels aspectes connexos, però també va significar la seva dispersió i una major complexitat, fomentada per la introducció de les fórmules de flexibilitat⁸².

302. EL COST NORMATIU DE LA COMUNITARITZACIÓ RELATIVA. El cost de la comunitarització va ser la *fragmentació*⁸³, és a dir, reducció de les competències de la Comissió i de Tribunal de Justícia⁸⁴, l'obertura d'una escletxa explícita de caràcter intergovernamental en

⁷⁹ En el curs de la Conferència intergovernamental es fa un pas decisiu pel que fa al debat sobre la comunitarització amb l'acceptació del principi del pas d'una part important de l'anomenat *Tercer pilar* al primer pilar, en el text de la presidència irlandesa *Presente y futuro de la Unión europea. Adaptar la Unión Europea en beneficio de sus pueblos y prepararla para el futuro. Líneas generales de un Proyecto de revisión de los Tratados*. Dublín II, Brussel·les, 5 de desembre de 1996, CONF 2500/96 ES, pàgs. 21-36. Ulteriorment completat per un document de la presidència neerlandesa, *Addendum al documento "Dublín II". Líneas generales de un proyecto de revisión de los tratados*, Brussel·les, 20 de març de 1997, CONF/2500/96 ADD 1, pàgs. 13-31.

⁸⁰ Csse, *Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (1998) 459 final, Brussel·les, 14 de juliol de 1998, pàg. 2.

⁸¹ Algunes propostes doctrinals suggerien altres formes de racionalització de les bases jurídiques per a l'assoliment de la lliure circulació de persones; per exemple, feia una proposta agosarada i coherent Henri Labayle, "La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures", Philippe Mannin, (dir.) *La révision du traité sur l'Union Européenne. Perspectives et réalités. Rapport du groupe français d'étude pour la Conférence Intergouvernementale 1996*, Paris: Pédone, 1996, pàgs. 123-138.

⁸² En general, sobre la gestió dels afers de justícia i interior en el context dels Tractats de Maastericht i d'Amsterdam, Carmen Tirado Robles, *Los Asuntos de Justicia e interior y sus mecanismos jurídicos en la Unión Europea*, Zaragoza: Real Instituto de Estudios Europeos, 1999. Pel que fa als principals textos de referència, F. Jesús Carrera Hernández, Nicolás Navarro Batista, *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1999; i, més recentment, Irene Blázquez Rodríguez, Víctor Luis Gutiérrez Castillo, *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo. Compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*, Madrid: Dykinson, 2006.

⁸³ José Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Madrid: Colex, 2002, pàgs. 135.

⁸⁴ D'acord amb l'article 68 TCE, el TJCE només tindrà competència prejudicial sobre les qüestions relatives al Títol IV TCE quan plantegin qüestions jurisdiccions nacionals que decideixin en darrera instància, i no tindrà competència sobre les mesures o decisions adoptades sobre el manteniment de l'ordre públic i la salvaguarda de la seguretat interior. Sobre l'abast d'aquestes limitacions, i sobre que que haurien de ser interpretades restrictivament, Nial Fennelly, "The Area of 'Freedom, Security and Justice' and the European Court of Justice –A personal view", *ICLQ*, vol. 49, núm. 1, 2000, pàgs. 1-14. També, sobre les dificultats i problemes que es deriven de la reducció de la competència del TJCE per al Títol IV TCE, i oferint una proposta d'interpretació que es basa en la coherència del sistema, més que en la lletra del Tractat, Steve Peers, "Who's Judging the Watchmen? The Judicial System of the 'Area of Freedom Security and Justice'", *YEL*, vol. 18, 1998, pàgs. 337-413.

el mètode d'adopció de decisions per a un període inicial de cinc anys, i la institucionalització de la pràctica de la diferenciació iniciada *de facto* amb els acords de Schengen⁸⁵. En diversos protocols annexos al TUE s'excloïa la participació en el Títol IV del TCE i en el bagatge Schengen del Regne Unit i Irlanda preveient-se clàusules d'*op in* per les quals podrien notificar la seva intenció de participar en cada una de les propostes normatives que s'adoptessin. En el cas de Dinamarca, estat signatari dels acords de Schengen, també es va preveure que no participaria en les disposicions del Títol IV TCE, però que podria incorporar-les en el termini de 6 mesos des del moment de l'adopció, i vincular-se per elles com a dret internacional. També es va establir la continuïtat dels seus compromisos amb els altres estats signataris del acords de Schengen, i que en el cas de les disposicions del bagatge per a les que es prevegi una base jurídica del Títol IV TCE, el compromís de Dinamarca seguiria sent, excepcionalment, respecte dels altres estats, de dret internacional⁸⁶. D'altra banda, Noruega i Islàndia continuarien participant en el sistema Schengen des de fora de la Unió, a través del Comitè Mixt i, com Dinamarca, considerarien els compromisos adoptats en aquest sistema, obligacions de dret internacional⁸⁷.

La complexitat i fragmentació que resulta d'aquesta flexibilització dels compromisos dels estats, juntament amb la modificació del paper de les institucions per a determinats àmbits comunitaris, les dificultats d'articulació dels pilars comunitari i intergovernamental, i la confusió que provoca la presentació dels mitjans per a la realització de l'objectiu de l'*espai de llibertat, seguretat i justícia*, han estat destacats per la doctrina com els aspectes més negatius de la revisió del TUE⁸⁸.

⁸⁵ Aquest *enrevessament* de la regulació jurídica va fer que es alguns autors es referissin a un primer pilar *bis o ter*, si es considerava que el *bis* era la regulació de la UEM; Javier Roldán Barbero, "La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria", Andreu Olesti Rayo (coord.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona: José María Bosch Editor, 2000, pàg. 248.

⁸⁶ *Protocol sobre la posició de Dinamarca*, annex al TUE i al TCE, *DOCE* de 10 de novembre de 1997, N° C 340/101-102.

⁸⁷ Sobre la complexa combinació de participacions en l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia, dins i fora dels instruments comunitaris, Pieter Jan Kuijper, "Some Legal Problems Associated with the Communitarisation of Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis", *CMLR*, vol. 37, núm. 2, 2000, pàgs. 346-356.

⁸⁸ Hervé Bribosia, "Liberté, sécurité et justice: l'imbraglio d'un nouvel espace", *RMUE*, núm. 1, 1998, pàgs. 27-54; Jörg Monar, "Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation", *ELR*, vol. 23, núm. 4, 1998, pàgs. 320-335. Dehousse posa en relleu el desordre de les qüestions sobre seguretat i àmbits d'interior, i els límits de la comunitarització d'alguns dels seus aspectes, respectivament, a Franklin Dehousse, "Le Traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe", *CDE*, núms. 3-4, 1997, pàgs. 269-270 (265-273), i *id.* "Le Traité d'Amsterdam: un mélange de modestie et de complexité", *Journal des Tribunaux*, N° 5859, 8 de novembre de 1997, pàg. 724. D'altra banda, Labayle fa una crítica més ample, referint-se a la incapacitat de la Unió d'anar més enllà de les aproximacions reduccionistes dels estats per tal de configurar una opció pròpia i afrontar els problemes relatius als moviments migratoris que venen de l'exterior; Henri Labayle, "La libre circulation de personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam", *loc. cit.*, pàg. 935.

303. EL COST INSTITUCIONAL DE LA COMUNITARITZACIÓ RELATIVA. No obstant l'avenç que suposava aquest fet per a la legitimitat de les decisions adoptades en les matèries relatives a l'asil, la incorporació d'una part dels antics àmbits de la CAJI al TCE va tenir un vessant institucional negatiu, per quant es va redefinir el paper d'algunes de les institucions en la gestió de les matèries *comunitaritzades*. En la majoria de matèries (bàsicament totes excepte les relatives a la política de visats, que ja tenia una base jurídica en el TCE de Maastricht), la Comissió perdia el poder exclusiu d'iniciativa legislativa i el compartia amb els estats membres durant un període de cinc anys, i el Tribunal de Justícia únicament tindria competència per resoldre qüestions prejudicials sobre els actes adoptats en base a una disposició del Títol IV TCE, quan fossin presentades per òrgans jurisdiccionals que decidissin en darrera instància, excloent-se en qualsevol cas les mesures sobre el pas per les fronteres interiors relatives al manteniment de l'ordre públic i la salvaguarda de la seguretat interior⁸⁹. Aquesta redefinició dels poders de les institucions suposava que la comunitarització només fos relativa, i que es pertorbés l'equilibri constituït pels tractats des de la creació de les Comunitats, així com la coherència i la uniformitat de l'acció de la Comunitat europea⁹⁰. En aquest sentit s'ha considerat *paradoxal* que s'hagin hagut

⁸⁹ Article 68 TCE. Aquesta exclusió dels jutges de primera instància es va justificar amb l'argument que d'aquesta forma s'evitarien dilacions excessives en alguns procediments, especialment sobre asil i immigració on sovint es deia que es produïen situacions *d'abús de dret*. Això, per un costat va crear una presumpció contrària al dret de les persones en un àmbit determinat en perjudici de les situacions correctament constituïdes, cosa que planteja una dificultat específica pel que fa a la protecció dels drets de les persones mitjançant mesures cautelars. Per a l'aplicació de mesures cautelars relatives al dret comunitari, el TJCE a les sentències *Factortame* de 1990 i *Zuckerfabrick* de 1991 ha disposat que el jutge intern pot concedir una protecció temporal sempre i quan es compleixin certs requisits, i entre ells es menciona que el jutge intern tingui en compte els interessos de la comunitat i hagi plantejat una qüestió prejudicial [TJCE, sentència de 19 de juny de 1990, afer *Factortame*, núm. C-213/89, §18-22; i TJCE sentència de 21 de febrer de 1991, afer *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG*, núm. C-143/88 i C-92/89, §23-33]. En la situació creada pel Títol IV TCE, el jutge intern que no decideix en última instància, difícilment podrà oferir una protecció judicial efectiva contra violacions de drets humans en el context de la immigració i asil que afectin mesures adoptades des del dret comunitari, com ha escrit Kay Hailbronner, "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", *CMLR*, vol. 35, núm. 5, 1998, pàgs. 1055-1057. La competència del TJCE en el marc del Títol IV ha estat estudiada per Albertina Albors-Llorens, "Changes in the jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam", *CMLR*, vol. 36, núm 5, 1998, pàgs. 1276-1287; Carlo Curti Gialdino, "Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam", *RMUE*, núm. 2, 1998, pàgs. 104-111; Norberto González Alonso, "La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, núm. 4, 1998, pàgs. 514-527.

⁹⁰ Aquesta distorsió de l'equilibri institucional era encara més greu si es considerava que, precisament, la Conferència intergovernamental va fracassar en el major objectiu que s'havia plantejat, que era la reforma de les institucions per preparar la Unió per a pròximes ampliacions. Sobre aquest aspecte, Franklin Dehousse, "Evolution ou révolution des institutions européennes: Le débat fondamental de la Conférence Intergouvernementale de 1996", *Journal des Tribunaux*, N° 5812, 28.9.1996, pàgs. 593-596; Catherine Haguenau Moizard, "Le Traité d'Amsterdam: une négociation inachevée", *RMCUE*, núm. 417, 1998, pàgs. 240-252; Jean-Victor Louis, "Le traité d'Amsterdam. Une occasion perdue?", *RMUE*, núm. 2, 1997, pàgs. 5-18; Michel Petite, "Le Traité d'Amsterdam: ambition et réalisme", *RMUE*, núm. 3, 1997, pàgs. 42-52; Charles Reich, "Le Traité d'Amsterdam et le champ d'application de la procédure de codécision", *RMCUE*, núm. 413, 1997, pàgs. 668-669; Máximo Silvestro, Javier Fernández-Fernández, "Le Traité d'Amsterdam: une évolution critique", *RMCUE*, núm. 413, 1997, pàgs. 662-664; Daniel Vignes, "AMSTERDAM la énième révision des traités européens", *Studia diplomatica*, vol. L, núm. 6, 1997, pàgs. 9-14.

d'acceptar *tècniques intergovernamentals* on es defensava la integració i, alhora, hagin aparegut *signes d'integració* en l'acció intergovernamental⁹¹.

b. La incorporació del bagatge Schengen a la Unió Europea

304. L'èxit de la cooperació articulada amb els acords de Schengen no es corresponia amb la legitimitat del sistema que, fora del marc comunitari, no tenia ni un control jurisdiccional ni parlamentari efectiu, cosa que resultava especialment greu per quant estaven en joc els drets individuals⁹². Aquest fet va fer que es plantegés la conveniència i la possibilitat d'integrar la cooperació Schengen en el marc de la Unió europea⁹³.

La Conferència Intergovernamental per a la revisió dels tractats, que va incorporar a la construcció europea el mecanisme de les cooperacions reforçades, finalment, va decidir aplicar també en aquest àmbit la fórmula de la *flexibilitat*, integrant els resultats de la cooperació intergovernamental Schengen en el marc de la Unió⁹⁴.

El *Protocol pel qual s'integra el bagatge Schengen en el marc de la Unió europea*, annex al TUE i al TCE, es configura com a una *cooperació reforçada predeterminada* que integra en el marc de la Unió europea la cooperació que van establir entre ells els estats signataris dels acords de Schengen. La cooperació reforçada entre només alguns dels estats membres de la Unió va ser acceptada per tots, cosa que permetia integrar l'experiència Schengen com a cabal de la Unió⁹⁵, tot i preveient-se excepcions a la seva vinculació general en els casos del Regne Unit i Irlanda. A partir de l'1 de maig de 1999, data de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, el bagatge Schengen va esdevenir aplicable als tretze estats signataris com a *dret de la Unió*, i el Consell va substituir el Comitè executiu Schengen per a l'adopció de disposicions d'aplicació i desenvolupament d'aquest bagatge⁹⁶.

⁹¹ Henri Labayle, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *loc. cit.*, pàg. 819.

⁹² Deidre Curtin, Herman Meijers, "The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic retrogression?", *CMLR*, vol. 32, núm.2, 1995, pàgs. 391-442.

⁹³ Franklin Dehousse, "Le Traité d'Amsterdam: un mélange de modestie et de complexité", *loc. cit.*, pàg. 725. Sobre la integració del bagatge Schengen a la Unió europea, en general, Nuno Piçarra, "O modelo de integração do acervo de Schengen na União Europeia: Cooperação reforçada e «ordens de legislar» ao Conselho", *Legislação*, núm. 22, 1998, pàgs. 23-56.

⁹⁴ Pel que fa a la tècnica de les cooperacions reforçades en l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia després de la reforma del Tractat de Niça, F. Javier Quel López, "Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, núm. 9, 2001, pàgs. 133-140.

⁹⁵ Henri Labayle, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *loc. cit.*, pàg. 835.

⁹⁶ Article 2 del *Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión europea*, annex al TUE i al TCE, *DOCE* de 10 de novembre de 1997, N° C 340/94. El Consell va adoptar, coincidint amb la data d'entrada en vigor del Tractat, una decisió per a la incorporació de la secretaria Schengen a la secretaria general del Consell. Consell de la Unió, *Decisión del Consejo de 1 de mayo de 1999 por la que se establecen las disposiciones para la integración de la Secretaría de Schengen en la Secretaría General del Consejo* (1999/307/CE), *DOCE* de 7 de maig de 1999, N° L 119/49-52.

D'acord amb l'article 2 del Protocol, el Consell havia d'establir més endavant, per unanimitat dels tretze estats signataris, la base jurídica de cada una de les disposicions que constituïen el bagatge Schengen. El Consell de la Unió, amb dues decisions de 20 de maig de 1999 va establir quina part del bagatge Schengen havia de ser publicat⁹⁷, i va realitzar l'atribució de base jurídica a cada una de les disposicions dels acords i actes del Comitè executiu Schengen⁹⁸.

Malgrat tot, un cert grau d'incertesa legal segueix planant sobre aquelles disposicions del bagatge Schengen que no van ser publicades per *confidencials*⁹⁹, i respecte de les que no han estat substituïdes per normativa comunitària, ja que suposa que s'apliquin com a dret comunitari normes que no van passar directament el filtre democràtic¹⁰⁰. El Tribunal de Justícia de les Comunitats europees ja ha expressat, d'altra banda, la seva doctrina respecte del repartiment horitzontal de poder en el desenvolupament del bagatge Schengen, especialment en aspectes del Manual comú de fronteres i de la Instrucció consular comuna, favorable a les posicions del Consell¹⁰¹.

2. La immigració i l'asil en la realització de l'*Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia*

305. No obstant l'ampli ventall de matèries que es preveuen dins de l'àmbit competencial del Títol IV TCE, la Comunitat no té un poder il·limitat en matèria d'asil i d'immigració¹⁰². Les mesures que es preveuen estan vinculades a l'objectiu d'establir un

⁹⁷ *Decisión del Consejo, del 20 de mayo de 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (1999/435/CE), DOCE de 10 de juliol de 1999, N° L 176/1-16.*

⁹⁸ *Decisión del Consejo, del 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (1999/436/CE), DOCE de 10 de juliol de 1999, N° L 176/17-30.*

⁹⁹ La publicació del bagatge Schengen es va fer el setembre de 2000; *Acervo de Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, DOCE 22.9.2000, N° L 239/1-473.*

¹⁰⁰ La incertesa legal que presideix la incorporació del bagatge Schengen ha estat criticada, per exemple, per Thomas A.J.A. Vandamme, Jan-Herman Reestman, *Ambiguity in the Rule of Law. The Interface between National and International Systems*, Groningen: Europa Law Publishing, 2001, pàgs. 28-30. També posa en dubte que la integració Schengen en el context de la Unió Europea sigui suficient forma de democratització del bagatge, Eckart Wagner, "The Integration of Schengen into the Framework of the European Union", *LIEI*, vol. 25, núm. 2, 1998, pàg. 51.

¹⁰¹ TJCE, sentència de 18 de gener de 2005, afer *Comisión de las Comunidades Europeas c. Consejo de la Unión*, núm. C-257/01, §66-83.

¹⁰² Kay Hailbronner, "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", *loc. cit.*, pàg. 1048.

espai de llibertat, seguretat i justícia, tal com expressament es diu a l'article 61 TCE i, per això, la Comunitat no té competència en tot l'abast de l'àmbit material cedit.

Es confirma i consolida una aproximació conjunta a les qüestions relatives a l'asil i a la immigració econòmica, que no sembla destinada a definir un règim únic comú sobre l'estatut dels nacionals de tercers estats. En primer lloc, perquè la regulació dels règims d'estrangeria continua sent una qüestió de competència exclusivament estatal, excepte en sectors molt reduïts; i, en segon lloc, perquè les qüestions relatives a l'entrada d'estrangers a través de les fronteres exteriors comunes, i la seva estada i circulació en l'espai interior, són percebuts com a àmbits d'*interès comú*, només, perquè poden comportar un risc per a la seguretat dins d'aquest espai-mercat interior on es suprimeixen els obstacles físics i tècnics a llibertat de circulació¹⁰³. Des de la Comunitat europea es postula només un incipient règim d'estrangeria en la mesura que alguns aspectes estan vinculats al procés d'integració europea, és a dir, és en tot cas un règim vinculat a la *dimensió funcional* de l'estrangeria, i per tant, *parcial i embrionari*¹⁰⁴.

Durant un període de cinc anys des de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, es preveia que el Consell decidiria per unanimitat a iniciativa de la Comissió o d'un estat membre i prèvia consulta al Parlament europeu¹⁰⁵. Aquesta previsió combinava la idea de *progressivitat* en l'establiment de l'objectiu d'un *espai de llibertat, seguretat i justícia*, avançada a l'article 61, amb la fórmula d'un calendari aparentment *imperatiu*, del qual s'excloïen certes mesures d'acompanyament en funció de la *sensibilitat* que suscitaven¹⁰⁶. Es tractava d'un *període d'ajustament* per tal de nivellar el grau de legitimitat de l'acció als nous contorns polítics de la Comunitat¹⁰⁷.

En relació al calendari, la Comissió i el Consell JAI van preveure un *Pla d'acció sobre la millor manera d'aplicar les disposicions del Tractat d'Amsterdam relatives a la creació d'un espai de llibertat, seguretat i justícia*, on s'establien les prioritats i, segons el qual, certes normes s'adoptarien en un termini de dos anys, d'altres *el més aviat possible*, i d'altres en un període de cinc anys¹⁰⁸. Aquest document es coneix com el *pla d'acció de*

¹⁰³ Concepción Escobar Hernández, "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", Concepción Escobar Hernández (ed.), *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid: Escuela Diplomática de Madrid-Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, N° 3, 1998, pàgs. 105-110.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pàg. 110. No es tracta doncs de definir l'estatut ple dels estrangers en el territori dels estats membres, sinó l'estatut de l'estranger *per la seva relació amb la Unió*, es tracta de regular aquelles qüestions considerades d'interès comú que garanteixin que l'element "estrangers" no interfereixi en la consecució del mercat interior i la lliure circulació de persones.

¹⁰⁵ Article 67 TCE

¹⁰⁶ Henri Labayle, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *loc. cit.*, pàg. 844-845; en aquest mateix treball es pot trobar una anàlisi detallada de la nova regulació del Títol IV, pàgs. 843-863.

¹⁰⁷ Joseph H.H. Weiler, "After Maastricht: Community Legitimacy in Post-1992 Europe", William James Adams (ed.), *Singular Europe. Economy and Polity of the European Community after 1992*, Michigan: The University of Michigan Press, 1992, pàgs. 22-23.

¹⁰⁸ Consell de la Unió (JAI), *Plan de acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar*

Viena. El Consell europeu va entomar aquest pla d'acció i va donar l'impuls definitiu per a que la primera fase d'un sistema europeu comú d'asil fos endegada, a Tampere, a la tardor de 1999¹⁰⁹.

*a. El programa de Tampere: balanç de la seva realització pel que fa a l'asil*¹¹⁰

306. Els dies 15 i 16 d'octubre de 1999, es va celebrar un Consell Europeu extraordinari sobre la creació d'un *Espai de llibertat, seguretat i justícia* la ciutat finlandesa de Tampere. Aquesta reunió va confirmar la importància que es donava a la realització d'aquest objectiu, i va disposar la necessitat i la voluntat que abans de l'acabament de la data de cinc anys des de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, s'adoptessin tota una sèrie de mesures. El document es dividia en quatre apartats: "Una política d'asil i immigració comuna de la Unió Europea"; "Un autèntic espai europeu de justícia"; "Lluita contra la delinqüència a escala de la Unió"; i "Una acció exterior més ferma"¹¹¹.

Malgrat que es reafirma la importància que els estats membres donen al *respecte absolut del dret de cercar asil*, el primer apartat confirma expressament l'aproximació conjunta a les qüestions d'asil i immigració que es traduirà en el contingut d'alguns instruments normatius, i que malmet l'aplicació plena de les garanties relatives al Dret de l'asil i el refugi¹¹². D'altra banda, com ha exposat Henri Labayle, *la formulació de les conclusions de Tampere ultrapassava l'ambició del Tractat d'Amsterdam, ja que proclamen la posada en marxa d'un «règim comú d'asil» allà on el text del tractat només preveia prudentment «mesures», la majoria de les vegades «mínimes» en virtut de l'article 63 del tractat comunitari*¹¹³.

las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia -Texto aprobado por el Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, DOCE de 23 de enero de 1999, N° C 19/1-15. Parlament europeu, Comisión de Libertades públicas y Asuntos Interiores, Ronaldo Bonmtempí (ponent), Informe sobre el plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, A4-0133/99/PARTE A, de 18 de març de 1999.

¹⁰⁹ Per a una anàlisi dels diferents elements que van anar configurant una política d'asil a la Unió Europea fins a finals dels anys noranta, Juan José Martín Arribas, *Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid: Dykinson, Universidad de Burgos, 2000, pàgs. 113-233.

¹¹⁰ Per a una anàlisi àmplia, que abasta tots els àmbits migratoris en el dret de la Unió Europea, Pablo Antonio Fernández Sánchez, *Derecho comunitario de la inmigración*, Barcelona: Atelier, 2006. També Gemma Pinyol (coord.), *II Seminario Inmigración y Europea. Cinco años después de Tampere*, Barcelona: Cidob Edicions, 2005.

¹¹¹ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Tampere. 15 y 16 de octubre de 1999*.

¹¹² Conclusiones de Tampere, § 13.

¹¹³ Henri Labayle, "Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne", *CDE*, núm. 5-6, 2004, pàg. 611.

307. De les mesures d'integració positiva que les conclusions de Tampere preveia que calia adoptar a mig termini en matèria d'asil¹¹⁴, se'n van adoptar cinc en el termini de cinc anys durant el qual el Tractat d'Amsterdam establia que les normes s'adoptarien per unanimitat, a iniciativa de la Comissió o dels estats membres:

- la directiva sobre la determinació de la responsabilitat d'examinar una demanda d'asil presentada en el territori d'un dels estats membres¹¹⁵ (directiva *Dublin II*);
- la directiva sobre normes mínimes relatives als requisits per al reconeixement i estatut de nacionals de tercers països com a refugiats o beneficiaris de protecció subsidiària¹¹⁶ (directiva *qualificació* o directiva *requisits*);
- la directiva sobre acollida dels demandants d'asil en els estats membres¹¹⁷ (directiva *acollida*);
- la directiva sobre protecció temporal¹¹⁸;
- i el reglament Eurodac¹¹⁹.

L'única norma prevista que no s'ha arribat a adoptar de les previstes a Tampere, és la directiva sobre els procediments mínims aplicables a les demandes d'asil¹²⁰. Malgrat això,

¹¹⁴ Conclusions de Tampere, § 14-17.

¹¹⁵ Reglamento (CE) N° 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DOUE de 25 de febrero de 2003, N° L 50/3.

¹¹⁶ Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 d'abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DOUE 30.9.2004, L 304/12-23.

¹¹⁷ Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros, DOUE 6.2.2003, N° L 31/19.

¹¹⁸ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOCE 7.8.2001, L 212/12-23.

¹¹⁹ Reglamento (CE) N° 2725/2000 del Consejo de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, DOCE 15.12.2000, N° L 316/1-10. El sistema Eurodac, en el primer any de funcionament (15.1.2003/15.1.2004) va permetre detectar que de les demandes d'asil presentades en un estat membre, el 7% eren demandes múltiples (17.287 del total de 246.902 demandes processades vàlidament pel sistema); Csse, *Commission Staff Working Paper. First annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC Central Unit*, SEC (2004) 557, Brussel·les, 5 de maig de 2004, pàg. 12/22. En el segon any d'activitat, el 13,48% dels casos eren demandes d'asil múltiples (31.307 de 232.205 demandes enregistrades), de les quals, 6.052 casos eren demandes que havien presentat 3 vegades sol·licituds d'asil, i en 3 casos, demandes de persones que n'havien presentat 8 vegades, Csse, *Commission Staff Working Paper. Second annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC Central Unit*, SEC (2005) 839, Brussel·les, 20 de juny de 2004, pàg. 10/17.

¹²⁰ Vid. *Infra* IX. Csse, *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, COM (2002) 326 final, 2000/0238 (CNS), Brussel·les, 18 de juny de 2002.

com es veurà més endavant, aquesta disposició no es beneficiarà del canvi de procediment aplicable des de l'1 de gener de 2005¹²¹.

D'altra banda, també ha estat creat un *Fons Europeu per als Refugiats* per al finançament d'accions dels estats relatives als refugiats, beneficiaris de protecció subsidiària o demandants d'asil, i destinades a establir condicions d'acollida, procediments d'asil, la integració de persones beneficiàries de protecció o la repatriació voluntària¹²².

308. Tot i que, en general, la mateixa existència de normes comunes té un component positiu, perquè suposa un dic de contenció de la devaluació competitiva dels estats en matèria d'asil, el balanç de Tampere és força decebedor i no s'ha redreçat l'aproximació cada cop més restrictiva de la gestió de l'asil per part dels estats membres¹²³. En general, la tècnica de la unanimitat ha afavorit que, en les negociacions, els estats hagin

¹²¹ En general, sobre el bagatge assolit sobre asil abans de l'acabament del termini del programa de Tampere, Kay Hailbronner, "Asylum Law in the Context of a European Migration Policy", Neil Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford: Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2004, pàgs. 41-88.

¹²² En primer lloc, es va crear un fons per al període 2000-2004 a la *Decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2000 por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados (2000/596/CE)*, DOCE 6.10.2000, N° L 252/12-18. Les quantitats previstes (216 milions d'€) van anar sent revisades a l'alça i se'n van beneficiar accions realitzades a la República Federal d'Alemanya, el Regne Unit, França i els Països Baixos (aproximadament 64%); Suècia, Àustria, Itàlia i Bèlgica (25,5%); i Irlanda, Espanya, Finlàndia, Grècia, Luxemburg i Portugal (10,5%). La destinació també va ser diferent segons els estats, per exemple, a Itàlia, Espanya, Portugal i Grècia van desenvolupar sobretot els dispositius d'acollida; els Països Baixos, la RF Alemanya, el Regne Unit, Suècia i Finlàndia van desenvolupar principalment projectes d'integració o retorn; i Luxemburg i França van reforçar pressupostàriament dispositius ja existents. El balanç d'aprofitament del fons el va fer la Comissió arran de la proposició del fons per al període següent, Csse, *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los refugiados para el período 2005-2010*, COM (2004) 102 final, 2004/0032 (CNS), Brussel·les, 12 de febrer de 2004, pàgs. 2-4/49. El fons per al període 2005-2010, amb una dotació inicial fins a final de 2006 de 114 milions d'€, va ser creat per la *Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2004 por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010 (2004/904/CE)*, DOUE 28.12.2004, N° L 381/52-62. Aquesta darrera norma ha estat completada amb tres decisions per fer més efectiva la seva aplicació: *Decisión de la Comisión de 20 de enero de 2006 que establece normas detalladas para la aplicación de la Decisión 2004/904/CE del Consejo por lo que se refiere a la subvencionabilidad de los gastos en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados ejecutadas en los Estados miembros (2006/399/CE)*, DOUE 14.6.2006, N° L 162/1-10; *Decisión de la Comisión de 20 de enero de 2006 que establece normas detalladas para la aplicación de la Decisión 2004/904/CE del Consejo por lo que se refiere a los procedimientos de corrección financiera en el contexto de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (2006/400/CE)*, DOUE 14.6.2006, N° L 162/11-19; *Decisión de la Comisión de 20 de enero de 2006 que establece normas detalladas para la aplicación de la Decisión 2004/904/CE del Consejo por lo que se refiere a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, y normas para la gestión administrativa y financiera de los proyectos cofinanciados por el Fondo Europeo para los Refugiados (2006/401/CE)*, DOUE 14.6.2006, N° L 162/20-77.

¹²³ En opinió de Juan Miguel Ortega Terol, per exemple, l'adopció de mesures en el marc de la Unió sobre immigració i asil ha tingut un *efecto de arrastre a la baja en los ordenamientos nacionales*; Juan Miguel Ortega Terol, "El asilo y el refugio en la Unión Europea: crónica de un amor ausente", Juan Soroeta Licerias (ed.), *Conflictos y protección de los derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, Zarautz: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2006, pàg. 63. També fent un balanç crític, per exemple, *Communiqué de presse conjoint du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés, de l'Association d'Amnesty International pour l'Union européenne et de Human Rights Watch*, dimecres 28 d'abril de 2004; Index AI: IOR 61/010/2004.

dedicat més esforços en defensar les pròpies posicions i normes internes per intentar fer-ne norma comuna, que no pas resoldre les problemàtiques concretes des d'una perspectiva liberal. Com ha denunciat Amnesty International en l'àmbit de l'asil hem assistit a l'adopció d'un comú denominador molt baix d'estàndards mínims que permet als estats membres continuar competint en les seves polítiques restrictives que en alguns aspectes vulnera el dret internacional¹²⁴.

En primer lloc, com es veurà en el Capítol X, el fet que no hi hagi, hores d'ara, una harmonització de tots els procediments aplicables a les demandes d'asil, fa que els demandants d'asil que presenten una sol·licitud de protecció en estats membres diferents no tinguin la mateixa oportunitat d'obtenir asil provisional i de no ser retornats a un tercer país. A més, la proposta de directiva sobre la qual s'ha arribat a un acord de mínims no preveu una harmonització dels procediments d'admissió en el territori aplicats pels estats membres, i està plena de clàusules derogatòries, com en el cas de la suspensió de l'allunyament en els recursos d'apel·lació de decisions de refús.

En segon lloc, els demandants de protecció tampoc tenen la mateixa oportunitat d'obtenir asil durable, la mateixa protecció si l'asil és concedit, ni tampoc les mateixes garanties de protecció contra *refoulement*. Per exemple, és significatiu que sigui opcional per als estats que les normes mínimes sobre acollida dels demandants d'asil s'apliquin també a les demandes d'asil que no es basen en la qualitat de refugiat sinó en instruments de protecció dels drets humans, o es puguin deixar d'aplicar a les demandes presentades en frontera, o que també sigui opcional el règim d'accés a una feina, etc.

En tercer lloc, les disposicions sobre asil són abastament tributàries d'opcions de política migratòria, que no s'adeqüen a les finalitats de protecció del Dret del refugi i l'asil, com passa, per exemple, en el cas de la directiva *Dublín II*¹²⁵.

En quart lloc, la directiva *requisits*, per exemple, si bé harmonitza la protecció subsidiària, i afirma que la persecució és independent de que hi hagi un agent estatal responsable, també avala la no concessió de protecció i el retorn, si es podia obtenir *asil intern*, sense que es prevegin garanties com que el demandant podrà efectivament ser-hi protegit en el cas concret.

Finalment, des del punt de vista conceptual, no hi ha una aproximació coherent a la noció de *demandant d'asil*: mentre que a la directiva *requisits*, finalment i amb bon criteri

¹²⁴ Amnesty International, *On the occasion of the EU Summit 4-5 November 2004 adopting the Hague Programme "strengthening freedom, security and justice" in the EU*, 2 de novembre de 2004, AI Index EUR01/006/2004, pàg. 1/3.

¹²⁵ Per a una crítica d'aquesta vinculació indesitjable, Geoff Gilbert, "Is Europe Living Up Its Obligations to Refugees?", *EJIL*, vol. 15, núm. 5, 2004, pàgs. 963-987. També en el sentit que *la política europea sobre protecció a refugiados y a solicitantes de asilo se ha venido considerando como si de una rama especializada del derecho de extranjería se tratara*; Cristina Gortázar Rotaeché, "La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales. Especial referencia al marco legal en la Unión Europea", Fernando M. Mariño (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid: Los libros de la Catarata, 2006, pàg. 234.

es va suprimir la definició de demandant d'asil com a demanda vinculada a l'estatut de refugiat, per la qual cosa cal entendre que són *demandants d'asil* tant les persones que demanen protecció com a refugiats com les que podran beneficiar-se d'una protecció subsidiària; al reglament *Dublín II*, a la directiva Eurodac (en la mesura que es vincula a l reglament *Dublín II*), a la directiva sobre acollida, i a la proposta sobre normes mínimes relatives als procediments, es continua definit demanda d'asil com a sol·licitud de protecció vinculada a la condició de refugiat del sol·licitant.

309. En general, l'aproximació a l'asil des de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam fins a l'acabament del termini del programa de Tampere ha passat de la retòrica dels drets humans a la pràctica de la seguretat. Aquesta evolució, marcada pels atemptats terroristes de Nova York, Washington i Pensilvània de 11 de setembre de 2001 i, després, pels atemptats de Madrid d'11 de març de 2004, es reflecteix en les declaracions que s'han anat fet en el Consell de la Unió sobre la qüestió de l'asil. Per exemple, mentre que al Consell europeu de Tampere d'octubre de 1999 es proclamava que

*Es persegueix l'objectiu d'atènyer una Unió Europea oberta i segura, plenament compromesa amb les obligacions que emanen de la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats i altres instruments pertinents en matèria de drets humans, i capaç de respondre de forma solidària a necessitats de tipus humanitari*¹²⁶;

al Consell europeu de Laeken, de desembre de 2001, uns mesos després dels primers atemptats, s'establia ja que

*El Consell europeu es compromet a adoptar, sobre la base de les conclusions de Tampere i com més aviat millor, una política comuna en matèria d'asil i immigració que respecti l'equilibri necessari entre la protecció dels refugiats, d'acord amb els principis de la Convenció de Ginebra de 1951, l'aspiració legítima d'una vida millor i la capacitat d'acollida de la Unió i dels seus estats membres*¹²⁷.

Al Consell europeu de Sevilla, de juny de 2002, el *to* havia canviat¹²⁸ definitivament i es consagra el vincle pervers entre la gestió de l'asil, la immigració, i la lluita contra la immigració il·legal,

*Les mesures que s'adoptin a curt i mig termini per a la gestió conjunta dels fluxos migratoris han de respectar l'equilibri necessari entre, per una part, una política d'integració dels immigrants legalment establerts i una política d'asil que respecti els convenis internacionals, principalment la Convenció de Ginebra de 1951 i, per l'altra, la lluita decidida contra la immigració il·legal i el tràfic d'éssers humans*¹²⁹.

¹²⁶ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Tampere. 15 y 16 de octubre de 1999*, 200/1/99, § 4.

¹²⁷ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Laeken. 14 y 15 de diciembre de 2001*, 300/1/01, § 39.

¹²⁸ Com assenyala Elspeth Guild, "Seeking asylum: store clouds between international commitments and EU legislative measures", *ELR*, vol. 29, núm. 2, 2004, pàg. 200.

¹²⁹ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Sevilla. 21 y 22 de junio de 2002*, 13463/02, § 28.

Finalment, al Consell europeu de Brussel·les de novembre de 2004, on s'aprova el programa de La Haia, les declaracions de caràcter general fan una mixtura que gairebé anorrea l'especificitat de la protecció necessària dels demandants d'asil, i la dilueix en un magma de qüestions que fan referència principalment a la seguretat dels estats i de la Unió

L'objectiu del Programa de La Haia és la millora de la capacitat comuna de la Unió i dels seus estats membres per: garantir els drets fonamentals, les salvaguardes processals mínimes i l'accés a la justícia, proporcionar a qui la necessitin la protecció d'acord amb la Convenció de Ginebra sobre l'estatut dels refugiats i altres tractats internacionals, regular els fluxos de migració i controlar les fronteres exteriors de la Unió, lluitar contra la delinqüència organitzada transfronterera i reprimir l'amenaça del terrorisme, explotar el potencial d'Europol i Eurojust, prosseguir amb l'establiment del reconeixement mutu de resolucions judicials i certificats tant en matèria civil com penal, i eliminar obstacles legals i judicials en els litigis en afers civils i familiars amb repercussions transfrontereres. Aquest és un objectiu que cal assolir en interès dels nostres ciutadans, desenvolupant un sistema comú d'asil i millorant l'accés als tribunals, la cooperació de policia i judicial a la pràctica, l'aproximació de les legislacions i el desenvolupament de polítiques comunes.

*Un element clau serà en un futur proper la prevenció i la supressió del terrorisme. Un plantejament comú en aquest camp hauria de basar-se en el principi de que, en preservar la seguretat nacional dels estats membres hauran de tenir-se plenament en compte la seguretat de la Unió en el seu conjunt*¹³⁰.

Aquesta dilució de l'asil en el aspectes relatius a la seguretat és també coherent amb la percepció que s'ha instal·lat a la Unió Europea després dels atemptats de 2001 als EEUU nord-americans i, sobretot dels atemptats de Madrid de 2004 i de Londres de 2005, sobre que *la seguretat de la Unió i dels seus estats membres ha adquirit un caràcter més apressant*¹³¹ que fa que esdevingui el component més important de la trilogia llibertat, seguretat i justícia¹³².

A la Unió Europea, com ha posat en relleu Ingrid Boccardi, l'asil *ha abandonat progressivament el seu component de 'protecció' en favor de la lògica de les mesures 'compensatòries'*¹³³.

b. El pas al mètode comunitari dels àmbits de l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia comunitaritzats al Tractat d'Amsterdam

¹³⁰ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Bruselas. 4 y5 de noviembre de 2004*, 14292/1/04, § 6-7.

¹³¹ *Ibidem*, § 14.

¹³² Suggereix aquest desequilibri entre la realització dels tres components de l'espai de *llibertat, seguretat i justícia*, Sionaidh Douglas-Scott, "The rule of law in the European Union –putting the security into the 'area of freedom, security and justice'", *ELR*, vol. 29, núm. 2, 2004, pàgs. 219-242. Des d'una perspectiva filosòfica, la primacia de la seguretat s'ha explicat per la inestabilitat que per als estats i per a la Unió representa la recerca d'un *espai* territorial nou, Hans Lindahl, "Finding a place for freedom, security and justice: the European Union's claim to territorial unity", *ELR*, vol. 29, núm. 4, 2004, pàgs. 461-484.

¹³³ Ingrid Boccardi, *Europe and Refugees. Towards an EU Asylum Policy*, La Haia, Londres, Nova York: Kluwer Law International, 2002, pàg. 205.

310. L'1 de maig de 2004 es va acabar el termini de cinc anys marcat en el Tractat d'Amsterdam com a període transitori entre la legitimitat intergovernamental (decisió per unanimitat entre els estats amb consulta del PE i iniciativa possible dels estats) i la legitimitat comunitària (adopció pel procediment de l'article 251 TCE o de *codecisió*).

La Comissió, en una comunicació de juny del mateix any va fer un balanç moderadament positiu de la realització del programa de Tampere, va constatar que la creació d'un *Espai de llibertat, seguretat i justícia* s'havia convertit en una prioritat de l'agenda política de la Unió, i va refermar la complementarietat dels diferents capítols de l'*espai*¹³⁴. En l'àmbit de l'asil, va considerar que calia millorar l'aplicació del principi de solidaritat, ja que no era equitatiu l'esforç que els estats membres feien en l'acollida de demandants d'asil i refugiats, i que l'objectiu principal per assolir el sistema comú d'asil endegat era *determinar un estatut uniforme d'asil i de protecció subsidiària, un procediment comú de concessió i retirada d'aquest estatut i un sistema comú destinat a garantir la protecció temporal*¹³⁵.

La Comissió també va insistir, com en el cas de la gestió dels fluxos migratoris, que calia fer un enfocament integrat amb procediments eficients de retorn, de reintegració i de lluita contra les xarxes de tràfic de persones, i un enfocament per a l'externalització dels fluxos; segons la Comissió, *basat en l'associació i la cooperació amb els tercers països tant d'origen com de trànsit, primer asil i destí final*¹³⁶. No deixa de ser paradoxal que la Comissió justifiqui en part la necessitat de reforçar aquests mecanismes en la constatació que *les víctimes de les falles del sistema són amb freqüència persones realment refugiades*¹³⁷.

El Parlament europeu no va fer un balanç tant positiu com la Comissió i va posar l'accent, sobretot, en la creixent dissociació entre l'aplicació de l'*Espai de llibertat, seguretat i justícia*, i la protecció i la promoció dels drets humans i de la ciutadania; i en que el principi de reconeixement mutu requereix una harmonització mínima que constitueixi la base d'una *confiança legítima*¹³⁸. El Parlament europeu també va recomanar al Consell que, d'acord amb l'esperit del Tractat constitucional europeu, es

¹³⁴ Csse, *Comunicación de la comisión al Consejo y al Parlamento europeo. Espacio de Libertad, seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones* [SEC (2004) 680 y SEC (2004) 693], COM (2004) 401 final, Brussel·les 2 de juny de 2004. La Comissió va fer un procés de consulta pública els mesos de juliol i agost de 2004 sobre la realització de l'espai de llibertat, seguretat i justícia que havia donat, entre d'altres, aquest resultat.

¹³⁵ *Ibidem*, § 2.5.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ PE, *Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre le futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo* (2004/2175/(INI)), Jean-Louis Bourlanges (ponent), A6-0010/2004, 29.9.2004, §H del preàmbul.

fes el pas envers l'adopció de decisions per majoria qualificada del Consell pel procediment de codecisió¹³⁹.

311. El Consell europeu de Brussel·les dels dies 4-5 de novembre de 2004, finalment, va aprovar un programa que succeeix el programa de Tampere, anomenat de La Haia, per a la realització de la segona fase de l'establiment d'un *Espai de llibertat, seguretat i justícia*, per a un període també de cinc anys¹⁴⁰.

El programa de La Haia es va plantejar com un *reflex de les ambicions expressades al Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa*¹⁴¹ i, per això, per exemple, el Consell europeu, recollint la recomanació en aquest sentit del Parlament europeu¹⁴², va acceptar expressament el principi del canvi de procediment per a l'adopció de les disposicions subsegüents relatives a l'*Espai de llibertat, seguretat i justícia*, sense que calgués esperar l'entrada en vigor del Tractat.

L'aplicació del procediment de codecisió es va acceptar per a totes les mesures del Títol IV TCE *destinades a reforçar la llibertat, excepte per a la migració legal*¹⁴³. Això confirmava la *irreversible dinàmica* endegada amb el Tractat d'Amsterdam cap a la comunitarització, com la va anomenar la doctrina¹⁴⁴, malgrat que, per ara, el greuge més important que impedeix donar-la per acabada siguin les deficiències en l'accés a un control jurisdiccional i les limitacions quant a les possibilitats d'endegar procediments prejudicials¹⁴⁵. El Tribunal de Justícia, tot i que per ara no ha mostrat una sensibilitat especial respecte dels refugiats en els pocs casos que li han arribat que afectessin els seus drets¹⁴⁶, està cridat a desenvolupar el sistema de protecció dels drets humans en el

¹³⁹ *Ibidem*, § 1.a).

¹⁴⁰ Consell Europeu, *Conclusiones de la presidencia. Consejo europeo de Bruselas. 4 y 5 de noviembre de 2004*, 14292/1/04, Annex I. El programa va ser tramès al Consell JAI en el document 16054/04 JAI 559, Brussel·les 13.12.2004; i després publicat al amb el títol *El programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01)*, al DOUE 3.3.2005, núm. C 53/1-14.

¹⁴¹ Programa de La Haia, § I.5.

¹⁴² PE, *Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre le futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo (2004/2175(INI))*, Jean-Louis Bourlanges (ponent), A6-0010/2004, 29.9.2004, § 1.a).

¹⁴³ Programa de La Haia, § III.1.2 darrer paràgraf.

¹⁴⁴ Georgia Papagianni, "Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism Towards a Community Policy", *YEL*, vil. 21, 2001-2002, pàg. 162.

¹⁴⁵ Aquestes deficiències i limitacions són encara majors en el vessant intergovernamental de la realització de l'Espai de Llibertat, Seguretat i Justícia i el fracàs, com a mínim *temporal*, de les perspectives d'entrada en vigor del *Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa* no permet albirar millores en el grau de control jurisdiccional dels actes de la Unió que poden afectar demandants d'asil. Sobre aquesta qüestió, Henri Labayle, "Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice", *RTDe*, vol., 42, núm. 1, 2006, pàgs. 35-46.

¹⁴⁶ Per exemple, en el cas *Khalil*, on el TJCE va considerar que unes persones refugiades i apàtrides no podien invocar els drets que els conferia el Reglament (CEE) n° 1408/71 perquè els elements de la seva situació es situaven únicament e l'interior d'un dels estats membres. TJCE, sentència d'11 d'octubre de 2001, afer *Mervett Khalil* i altres, núms. C-95/99 a C-98/99 i C-180/99. El TJCE va mancar considerar les

que s'integrin els drets específics d'aquests, en funció de normes internacionals que també són principis en què el tribunal s'inspira.

D'acord amb l'article 67§2 del TCE, el Consell JAI va adoptar per a aquesta fi la decisió 2004/927/CE, on es disposava el pas al mètode comunitari des de l'1 de gener de 2005 per a la majoria de les bases jurídiques del Títol IV del TCE, per a l'adopció de mesures en base a les quals encara calia votació per unanimitat en el si del Consell¹⁴⁷.

c. El programa de La Haia i el pla d'acció del Consell i de la Comissió: perspectives pel que fa a l'asil

312. Els eixos de la segona fase del sistema europeu comú d'asil s'han situat en la creació d'un procediment comú per a la tramitació de les sol·licituds, i d'un estatut uniforme per a les persones a les quals es concedeix l'estatut de refugiat o una protecció subsidiària.

realitat extrajurídiques que es donaven en el cas, fent una interpretació excessivament *automàtica i rígida* de les normes aplicables. Julio Baquero Cruz, "Khalil E. A.: Les réfugiés et les apatrides face au droit communautaire", *CDE*, núms. 3-4, 2002, pàg. 514.

¹⁴⁷ *Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004 por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ser egrán por le procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado (2004/927/CE)*, DOUE 31.12.2004, N° L 396/45-46. En el Títol IV TCE, algunes mesures ja podien ser decidides mitjançant aquest procediment perquè així es derivava del Tractat d'Amsterdam (l'listat de tercers països els nacionals dels quals han de tenir visat per entrar en un estat membre de la UE [art. 62 b) i TCE], i model uniforme de visat [art. 62 b) iii TCE]); i del Tractat de Niça, que va establir a l'article 67§4-5 que determinades disposicions passarien a ser adoptades per codecisió després de cinc anys de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam (procediments i condicions per a l'expedició de visats [art. 62 b) ii TCE] i normes per a un visat uniforme [art. 62 b) iv TCE]), i que d'altres serien adoptades per codecisió després que ja s'hagués adoptat per unanimitat una legislació comunitària que definís les normes comunes i els principis essencials sobre les matèries a que es referien (criteris i mecanismes per determinar l'estat responsable d'examinar una demanda d'asil, normes mínimes d'acollida dels demandants d'asil, normes mínimes per a la concessió de l'estatut de refugiat a nacionals de tercers estats [art. 63§1 TCE] i normes mínimes per concedir protecció temporal [art. 63§2 a) TCE]). La decisió del Consell de 22 de desembre de 2004, amplia l'aplicació del procediment de codecisió a les bases jurídiques de l'article 62 TCE on encara no s'aplicava (mesures per garantir el pas per les fronteres interiors per als ciutadans i no ciutadans de la Unió [art. 62§1 TCE], normes i procediments per a la realització de controls a les persones a les fronteres exteriors [art. 62§2 a) TCE], normes sobre les condicions en què els nacionals de tercers països poden circular lliurement per la Unió en un període de tres mesos [art. 62§3 TCE]); i a algunes de les bases jurídiques de l'article 63 (foment d'un esforç equitatiu entre els estats membres en l'acollida de demandants d'asil [art. 63§2 b)] i immigració i residència il·legals, inclosa la repatriació de residents il·legals [art. 63§3 b])). Amb tot, no s'aplica el procediment de codecisió a les normes mínimes sobre els procediments per concedir i retirar l'estatut de refugiat [art. 63§1 d)] fins que s'adoptin per unanimitat les regles i principis bàsics al respecte (llavors, d'acord amb la versió de l'article 67§5 TCE del Tractat de Niça passaran a adoptar-se les disposicions basades en aquesta base jurídica per codecisió); ni tampoc a les condicions d'entrada i residència, normes sobre l'expedició de visats de llarga durada, inclosos els destinats a reagrupament familiar [art. 63§3 a) TCE], ni a les mesures sobre els drets i les condicions en què els nacionals de tercers països que resideixen en un estat membre poden fer-ho en un altre [art. 63§4 TCE]. Pel que fa a l'anticipació de la codecisió per a algunes matèries des del Tractat de Niça, M^a Isabel Lirola Delgado, "El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza: ¿Una cuestión meramente incidental?", *Suplemento BEUR*, núm. 9, 2001, pàgs. 30-32.

Malgrat això, el primer instrument important que s'ha adoptat definitivament amb posterioritat a l'acabament del termini del programa Tampere és la directiva sobre els requisits mínims que els estats han d'aplicar en els procediments d'asil. Per acord dels estats membres, aquesta directiva s'ha adoptat encara per unanimitat perquè, tot i que, l'adopció formal de la norma ha tingut lloc després que hagi acabat el termini de cinc anys des de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, els estats van arribar a un acord polític sobre l'orientació general de la directiva just el dia hàbil anterior a l'acabament de la data límit, el dia 29 d'abril de 2004¹⁴⁸.

D'altra banda, s'emplaça a la Comissió per a que presenti estudis relatius a: la conveniència, les possibilitats, les dificultats, i les implicacions legals i pràctiques del tractament conjunt de les demandes d'asil *dins* de la Unió; i, per separat, en consulta amb l'ACNUR, del tractament conjunt de les sol·licituds d'asil *fora* del territori de la Unió Europea¹⁴⁹.

En el programa de La Haia, finalment, es fan una sèrie de previsions, conjuntes per a l'asil i la immigració, per a la gestió de la seva dimensió exterior. Això fa que apareguin com connexes mesures que, en definitiva, s'adrecen a realitats diverses i que persegueixen resultats diferents. La qüestió de l'asil i la protecció dels drets dels demandants d'asil i refugiats es dilueix gairebé del tot en funció de l'objectiu de la lluita contra la immigració il·legal.

313. Entre les previsions per acarat la dimensió exterior de l'asil i la immigració, s'estableix que s'integri plenament el tema de les migracions en les relacions de la UE amb tercers països; que es cooperi amb els països i regions de trànsit per a que gestionin millor la migració i proporcionin protecció adequada als refugiats¹⁵⁰; que es desenvolupi una política eficaç d'expulsió, repatriació i readmissió de les persones que ja no tenen dret de romandre legalment en el territori d'un dels estats membres de la Unió; i, finalment, també es preveu, més lligat amb el dret d'asil, l'associació de països i regions d'origen. Concretament, es recull una proposició de la Comissió respecte de la millora de l'acollida de demandants d'asil mitjançant el desenvolupament de programes regionals de protecció, en associació amb els tercers països afectats, i en cooperació amb l'ACNUR, que incloguin un programa conjunt de reassentament per als estats

¹⁴⁸ Consell de la Unió-JAI, *Sesión nº 2579 del Consejo*, 8694/04 (Presse 123), Luxemburg, 29 d'abril de 2004.

¹⁴⁹ Programa de La Haia, § III.1.3.

¹⁵⁰ La Comissió en aquest sentit ja ha proposat un instrument europeu de veïnatge i col·laboració (ENPI) amb un marc estratègic per desenvolupar cooperació transfronterera amb programes cofinançats pel FEDER, i intensificar la cooperació i el diàleg sobre asil i migració amb els països veïns, especialment, els de la conca mediterrània. Es preveuran. Csse, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las disposiciones generales relativas a la creación de un Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación*, COM (2004) 628 final, 2004/0219 (COD), Brussel·les, 29 d'octubre de 2004. També en aquesta línia, Csse, *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Programa temático de cooperación con terceros países en materia de migración y asilo*, COM (2006) 26 final, Brussel·les 25 de gener de 2006.

membres que hi vulguin participar¹⁵¹. Es tractaria de posar en conjunt les capacitats dels estats membres de la Unió, alguns dels quals ja han participat en aquest tipus de projectes, per tal de participar en programes de reassentament que, fins ara ha gestionat l'ACNUR, en col·laboració amb l'OIM¹⁵².

Tot i que en principi, aquesta proposició és positiva per que suposa que la Unió Europea participi conjuntament en el repartiment de les càrregues inherents a la protecció dels refugiats i beneficiaris de protecció subsidiària en el si de les Nacions Unides, el risc està en que aquesta iniciativa, que està destinada acollir persones a qui ja s'ha reconegut una forma de protecció, no es converteixi en l'única forma d'entrar a la Unió Europea per a les persones que necessiten protecció. La Comissió i el Consell, per ara, han descartat posar en funcionament un altre mecanisme que també es va estudiar en relació a l'ordenació i l'entrada *legal* dels demandants d'asil, que són els *Procediments d'entrada protegida* (PEP), que consistirien en que els demandants d'asil s'adrecessin al potencial estat d'acollida fora del seu territori mitjançant una demanda d'asil i obtinguessin un permís d'entrada en cas de resposta provisional o definitiva positiva a la sol·licitud. Tot i que, com en el cas de reassentament, els PEP podrien ser mesures complementàries per a la protecció dels demandants d'asil, les dificultats que presenten (inaccessibilitat a una assistència jurídica, manca de contacte directe amb les autoritats decisòries) així com la divergència entre els estats membres han fet que finalment hagin estat descartats, tot i que es podrien aplicar en cas de persones que tenen *necessitat immediata i urgent* de protecció¹⁵³.

314. La Comissió i el Consell han adoptat també un *Pla d'Acció* per tal d'implementar el programa de La Haia fins l'any 2010¹⁵⁴, on es preveu que la Comissió proposarà durant l'any 2005 una proposta per definir l'estatut de residents de llarga durada dels refugiats i beneficiaris de protecció subsidiària i, durant l'any 2006, estudis relatius a la les implicacions i la conveniència de tramitacions conjuntes de demandes d'asil dins i fora de la Unió, en aquest darrer cas, en consulta amb l'ACNUR¹⁵⁵. També

¹⁵¹ Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la entrada organizada en la UE de personas necesitadas de protección internacional y e incremento de la capacidad de protección de las regiones de origen "Mejora del acceso a soluciones durables"*, COM (2004) 410 final, Brussel·les 4 de juny de 2004.

¹⁵² Programa de La Haia, § III.1.6.

¹⁵³ COM (2004) 410 final, § 20 i 35.

¹⁵⁴ D'acord amb la proposta que havia presentat la Comissió al respecte; Csse, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM (2005) 184 final, Brussel·les, 10 de maig de 2005. La consolidació de l'Espai de llibertat, seguretat i justícia també forma part dels objectius estratègics definits per la Comissió, Csse, *Objetivos estratégicos 2005-2009. Europa 2010: Una Asociación para la Renovación. Prosperidad, Solidaridad y Seguridad*, COM (2005) 12 final, Brussel·les 26 de gener de 2005.

¹⁵⁵ Consell/Comissió Europea, *Council and Commission Action Plan implementing the Haghe Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union*, 9778/2/05 REV 2, JAI 207, Brussel·les 10 de juny de 2005, § 2.3.

es preveuen propostes per a la creació d'infraestructures de cooperació i d'una oficina europea de suport¹⁵⁶, així com, abans d'acabar l'any 2010, instruments i mesures per a l'acabament de la segona fase d'un sistema europeu comú d'asil¹⁵⁷.

També s'estableix que cap el 2006 es proposarà esmenar les competències del Tribunal de Justícia per a que pugui decidir més amplament sobre qüestions prejudicials relatives a l'espai de llibertat, seguretat i justícia¹⁵⁸. En relació al disseny institucional de la gestió de l'asil a la Unió Europea, la doctrina també ha plantejat la necessitat que en el futur es creï un òrgan específic sobre asil, un *Comitè Europeu d'Asil i Refugi*, i que competències jurisdiccionals més àmplies siguin exercides per una sala especialitzada del Tribunal de Primera Instància de les Comunitats europees¹⁵⁹.

Finalment, també s'han produït avenços polítics pel que fa a l'estratègia europea sobre la immigració il·legal. L'octubre de 2005 els representants dels estats membres van fer una reunió informal a *Hampton Court* arran de la qual i, basant-se en els resultats de la reunió, la Comissió va aprovar una Comunicació el mes de novembre on es recollien els principals plantejaments acordats pels estats¹⁶⁰. El Consell va adoptar poc després en base a ella l'*Enfocament global de la migració*, que també es coneixen com a "acords de Hampton Court", i que recull la idea d'acabar la qüestió des d'una perspectiva global, equilibrada i coherent en funció sobretot de tres tipus de mesures: el reforç de la cooperació entre els estats membres i de la seva actuació en matèria de migració; la cooperació amb els països d'origen africans més relacionats amb el fenomen, acarant també les causes de les migracions; i l'associació amb tercers països¹⁶¹.

¹⁵⁶ En aquest sentit, la Comissió Europea ha presentat la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la cooperación práctica reforzada. Nuevas estructuras, nuevos planteamientos: mejora de la calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo de común de asilo*, COM (2006) 67 final, Brussel·les, 17 de febrer de 2006.

¹⁵⁷ Consell/Comissió Europea, *Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union*, 9778/2/05 REV 2, JAI 207, Brussel·les 10 de juny de 2005, § 2.3.

¹⁵⁸ *Ibidem*, §1.3. En vistes de que no es preveu que el *Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa* entri en vigor en breu, la Comissió reivindica com a un dels canvis apressants per fer, el d'harmonitzar les competències del TJCE respecte del Títol IV del TCE amb les del règim general del Tractat; C^{ll}UE, Sessió núm. 2746 del Consell *Justícia i Assumptes d'Interior*, Brussel·les 24 de juliol de 2006, 11556/06 (Presse 216), pàg. 9/20.

¹⁵⁹ Raúl Trujillo Herrera, *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid: Editorial Dykinson, Cabildo Insular de Tenerife, 2003, pàgs. 461-469.

¹⁶⁰ C^{ss}E, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court*, COM (2005) 621 final, Brussel·les 30 de novembre de 2005.

¹⁶¹ C^{ll}Eu, *Consejo Europeo de Bruselas, 15 y 16 de diciembre de 2005. Conclusiones de la Presidencia*, Brussel·les 30 de gener de 2006, 15914/1/05 REV 1, Annex I "Enfoque global de la migración: medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo", pàg. 9-14/23.

3. La reactivació del sistema Schengen en un context de debat constitucional

315. La integració del bagatge Schengen i la creació de la tècnica normativa de les cooperacions reforçades en el Tractat d'Amsterdam, a la pràctica, no ha significat que els estats membres de la Unió Europea hagin abandonat l'estratègia de la cooperació intergovernamental fora del marc de la Unió. Els estats han endegat una pràctica no formalitzada de cooperacions reforçades fora dels mecanismes previstos al TUE, sense que es compleixin tampoc les condicions establertes (un mínim de 8 estats, respecte del cabal comunitari, etc.), en diversos àmbits i a través de diferents aliances¹⁶².

Aquesta pràctica, deslleial amb la Unió, però no directament il·legal, tenint en compte que s'ha fet en matèries de competència residual dels estats membres (cooperació de policia) i de competència compartida (mesures sobre immigració il·legal), ha donat lloc, per exemple, al Tractat anomenat informalment de Schengen III, *relatiu a l'aprofundiment de la cooperació transfronterera, en particular en matèria de lluita contra el terrorisme, la delinqüència transfronterera i la migració il·legal*, entre Bèlgica, la RF d'Alemanya, Espanya, França, Luxemburg, els Països Baixos i Àustria, signat el 27 de maig de 2005¹⁶³.

Aquest tractat pretén crear bases de dades d'ADN en cada país, i que les consultes es facin automatitzadament, igual que amb els inventaris genètics, els perfils dactiloscòpics i els registres de vehicles. També té per objecte intensificar la cooperació de policia, fer més fàcils les consultes sobre persones relacionades amb activitats terroristes, i establir formes d'intervenció conjunta per evitar atemptats, protegir-se en cas d'esdeveniments importants, prevenir amenaces a la seguretat i l'ordre públic, adoptar mesures en cas de perill imminent, i assistir-se mútuament en cas de grans esdeveniments, catàstrofes i accidents greus.

Una de les mesures que més problemes planteja és la previsió sobre els escoltes de seguretat armats en els vols, ja que podria contravenir l'autoritat del comandant de la nau, establerta als Convenis de l'OACI. En matèria de lluita contra la immigració il·legal es preveu l'intercanvi d'informació sobre documents falsos, la realització d'accions conjuntes a les zones frontereres i altres mesures que plantegen problemes de compatibilitat amb normes ja adoptades a la Comunitat europea en base a l'article

¹⁶² La doctrina ha mencionat per exemple, les aliances entre Espanya, França i Itàlia, per decidir zones de seguretat en el marc de la cooperació amb estats del Maghreb; Alemanya, Espanya, França i el Regne Unit, per organitzar vols xàrter per a l'expulsió d'immigrants en situació il·legal; entre Alemanya, Espanya, França, Itàlia i el Regne Unit (G5) per avançar en l'harmonització. Anne Castanos-Sen, "La mise en oeuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de Tampere à La Haye. Les étapes de l'intégration européenne en matière d'asile et d'immigration", *Le supplément de La Lettre n° 189*, 22 de novembre de 2004, pàg. 4/11.

¹⁶³ *Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el reino de España, la república Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el reino de los Países Bajos y la República de Austria, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, fet a Prüm, el 27 de maig de 2005.

63.3.b) TCE¹⁶⁴, com el recolzament mutu en casos de repatriació amb la realització d'expulsions conjuntes¹⁶⁵, o la previsió que els estats acordaran l'enviament d'assessors en matèria de documents a estats que hagin qualificat d'estats d'origen o trànsit de la immigració il·legal¹⁶⁶.

El Tractat estableix que s'informarà al Consell i la Comissió dels avenços de la cooperació, que estarà obert als altres estats membres, que no afectarà el dret de la Unió i que després de 3 anys de funcionament es presentarà una iniciativa per traslladar el seu cabal a la Unió. Es configura per tant, com ho van fer els dos Convenis de Schengen de 1985 i 1990, com un laboratori del dret de la Unió (§4 del preàmbul).

316. La reactivació del sistema Schengen en el context d'un debat constitucional que s'eternitza pel refús expressat en referèndums populars per part d'estats com França o els Països Baixos, no afavoreix que la percepció que es té de l'*Espai de llibertat, seguretat i justícia* canviï significativament respecte de la idea que, fins i tot, en el context de la Unió, la realització de les llibertats depèn d'estructures no democràtiques, sense control jurisdiccional efectiu i, per tant, a bastament il·legítimes. Precisament, com apuntava Neil Walker, hi ha un consens generalitzat sobre que *el repte constitucional relatiu a l'Espai de llibertat, seguretat i justícia és la realització de l'equilibri correcte entre una capacitat política i productiva efectiva i eficient per un costat, i un sistema apropiat de responsabilitat individual i col·lectiva per l'altra*¹⁶⁷.

Fins ara, la consideració de les qüestions relatives a l'asil, a la Unió Europea, han estat tractades, conjuntament amb tot un ampli ventall de matèries de política interior, de policia, de justícia, d'immigració, des d'una perspectiva *reactiva*, per tal de respondre a amenaces suposades o reals. Aquesta aproximació s'inicia ja en la cooperació TREVI, en els anys setanta, per fer front a les amenaces terroristes i de delinqüència internacionals; en la cooperació Schengen, en els anys vuitanta o noranta, per fer front a l'esperada inseguretat interior provocada per la supressió de les fronteres; i també s'expressa a l'actualitat, en què la seguretat ha adquirit una preeminència respecte de qualsevol altre qüestió en el marc del context de la lluita contra el terrorisme global dels atemptats a ciutats nord-americanes l'11 de setembre de 2001, a Madrid,

¹⁶⁴ Malgrat que es digui expressament a l'article 47§1 que les disposicions del Tractat *Schengen III* només s'aplicaran en la mesura que siguin compatibles amb el dret de la Unió.

¹⁶⁵ Els estats del Tractat de Prüm estableixen que quan acordin aquests vols s'informaran amb la suficient antelació i oferiran a les altres parts contractants, en la mesura del possible, la seva participació en les mateixes. A la Unió es va adoptar la *Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión*, DOUE 6.8.2004, N° L 261/28-35.

¹⁶⁶ Ja ha estat adoptat un reglament que contempla aquest tipus de mesures. *Reglamento (CE) N° 377/2004 del Consejo de 19 de febrero de 2004 sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración*, DOUE 2.3.2004, N° L 64/1-4

¹⁶⁷ Neil Walker, "In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: A Constitutional Odyssey", Neil Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, op. cit., pàg. 23.

l'11 de març de 2004, i a Londres, el 7 de juliol de 2005. Aquest fet, juntament amb l'opció per mètodes majoritàriament intergovernamentals (dins i fora de la Unió), que no permeten un control democràtic i judicial efectiu, ha suposat que es bandegés la promoció dels drets humans individuals, la realització dels quals es facilita en un marc constitucional o *quasi* constitucional, com el que s'esdevindria amb l'entrada en vigor del *Tractat pel qual s'estableix una Constitució per a Europa*. Malgrat tot, cal mantenir en la construcció europea la idea que ni si aquest fet s'esdevingués, el *procés* cal que continuï obert, perquè sinó, el risc que la perspectiva seguritària s'instal·li en la realització de l'*Espai de llibertat, seguretat i justícia* és molt alt¹⁶⁸.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pàg. 37. Sobre la idea que la realització de l'Espai de llibertat, seguretat i justícia, ja des dels seus antecedents ha estat més *reactiva* que *proactiva*, pàgs. 11-14.

CAPÍTOL IX RÈGIM COMUNITARI D'ENTRADA I ADMISSIÓ DELS DEMANDANTS D'ASIL EN L'ESPAI SCHENGEN, I *ORDRE PÚBLIC EUROPEU*

317. En el marc dels acords de Schengen, els estats que hi participen han actuat partint de perspectives més aviat *realistes* i poc *liberals*, en el sentit que s'ha donat a aquests enfocaments en el Capítol III. L'objectiu principal de les aproximacions normatives a la qüestió dels demandants d'asil i els refugiats ha estat lluitar contra la immigració irregular i preservar la seguretat i l'ordre públic interns. El desplaçament de la qüestió dels refugiats des del context dels drets humans cap a l'esfera de la seguretat interior és, precisament, un dels efectes més negatius i transcendents¹ que ha produït la cooperació europea en aquest àmbit.

Aquest desplaçament també s'observa en les característiques que han anat adquirint les legislacions internes que regulen la concessió d'asil i la determinació de la condició de refugiat, com es veurà al Capítol X: no es defineixen tant els drets dels individus com els poders dels agents públics i privats que gestionen les migracions forçoses². Com ha dit el Comitè Executiu de l'ACNUR, *la protecció dels drets dels refugiats esdevé un exercici de poder i discrecionalitat per part de funcionaris, enlloc de l'aplicació de drets específics identificats i garantits per llei*³

Aquesta *ideologia de la seguretat*, com l'anomena Guy Goodwin-Gill, fa que totes les accions es concentrin en els controls fronterers i en la seguretat potencialment malmesa pels fluxos⁴. Els controls fronterers tenen un paper important com a *símbol* de la sobirania dels estats, cosa que ha dut a una certa consciència general de la *necessitat*

¹ En el sentit que és una perspectiva que està sent exportada als estats europeus més pròxims, Sandra Lavenex, *Safe third countries: extending the EU asylum and immigration policies to Central and Eastern Europe*, Budapest/New York: Central European University Press, 1999, pàg. 174. El Capítol 5 d'aquest llibre, que duu per títol precisament "A Clash of Regimes? European versus International Refugee Protection" (pàgs. 161-176), expressa clarament aquesta idea de confrontació entre la protecció internacional dels refugiats i la normativa europea sobre aquesta qüestió. També en aquest sentit, Boldizsár Nagy, "The *Acquis* of the European Union Concerning Refugees and the law in the Associated States", UNHCR, *3rd International Symposium on the Protection of Refugees in Central Europe, 23-25 April 1997, Budapest. Report and Proceedings*, Geneva: UNHCR-European Series, vol. 3, N° 2, December 1997, pàg. 81.

² En aquest sentit, Groenendijk afirma que *el punt de vista adoptat és el de l'administració en comptes del dels individus...*. C.A. Groenendijk, "Contrôle de l'immigration en Europe: Moyens, effets et craintes", *RDE*, núm. 55, 1989, pàg. 226.

³ Comitè Executiu de l'ACNUR, *Nota sobre protecció internacional* (52^è període de sessions), A/AC.96/951, 13 de setembre de 2001, §109, pàg. 29/31.

⁴ Guy S. Goodwin-Gill, "Refugees and Security. Editorial", *IJRL*, vol. 11, núm. 1, 1999, pàg. 3.

de ser capaç de mantenir l'arribada dels demandants d'asil sota control⁵, tot i que aquesta percepció va en contra de la veritable naturalesa de la protecció dels refugiats, quelcom, per naturalesa, incontrolable.

Segons Jens Vedsted-Hansen, no obstant, una cosa és *controlar les fronteres*, mer exercici tècnic de jurisdicció, i una altra el *control d'immigració*, que comporta objectius polítics de més ample abast; i, conceptualment, no hi ha res que faci incompatibles els controls fronterers amb un respecte estricte de les obligacions derivades dels drets humans⁶.

318. Clarament, a la Unió Europea, entre la perspectiva que parteix de la persona i la perspectiva que parteix de l'estat, no hi ha un equilibri real, sinó que primen els interessos de la segona, centrada en la preservació de la seguretat o en el poder d'*autoconservació*. Com a conseqüència d'això, han augmentat quantitativament i qualitativa els control dels fluxos migratoris, i s'han plantejat com a instruments de defensa, la qual cosa ha comportat que no es discrimini entre els demandants d'asil i els altres migrants, i que s'impedeixi l'accés de gairebé tots els estrangers amb pretensions de migració forçosa i voluntària al territori de l'espai comú dels estats europeus. En aquest context, l'harmonització d'alguns elements sobre l'asil, de la forma com s'ha fet, agreuja més que alleuja la situació d'alguns demandants d'asil, i es posen en qüestió principis i normes bàsics del Dret de l'asil i el refugi.

L'interès preponderant a la Unió Europea actual no és el dels refugiats i demandants d'asil que, en primer lloc, cerquen l'accés a una protecció provisional⁷ i la preservació immediata dels seus drets humans, sinó l'interès dels estats de controlar eficaçment el pas per les seves fronteres exteriors, i evitar al màxim l'entrada d'estrangers no desitjats, independentment del respecte de principis de *legitimitat* o de protecció de drets humans⁸.

Les dues primeres parts d'aquest capítol es dedicaran a analitzar les qüestions relatives a l'entrada i l'admissió dels demandants d'asil en l'espai comú europeu, tant en allò que es refereix a l'accés físic al territori (A.), com pel que fa a l'admissió en un dels estats, als efectes de que les seves autoritats examinin una demanda d'asil presentada en el territori d'un d'ells (B.).

⁵ Jens Vedsted-Hansen, "Europe's response to the arrival of asylum seekers: refugee protection and immigration control", *New Issues in Refugee Research. Working Paper No. 6, Refworld-UNHCR Working Papers*, maig de 1999, publicació electrònica del *Centre for Documentation and Research* del UNHCR, pàgs. 2-4.

⁶ *Ibidem*, pàg. 3. En aquest treball es considera que el fet de tenir en compte les obligacions internacionals en la realització dels interessos estatals és precisament un dels trets de la sobirania en una era de cooperació internacional intensificada.

⁷ Jean-Yves Carlier, "Harmonisation des politiques d'asile des pays d'Europe: Les enjeux juridiques", *RDE*, núm. 69, 1992, pàg. 156.

⁸ Antonio Remiro Brotóns, "Emigración y xenofobia en la Comunidad Europea", Inocencio Arias et al., *Racismo y xenofobia. Búsqueda de las raíces*, Madrid: Fundación Rich, 1993, pàg. 65.

319. L'establiment d'un règim d'admissió en el territori dels estrangers i, entre ells, dels demandants d'asil, suposa l'aplicació d'una determinada concepció de l'*ordre públic*, que combina la preservació de la seguretat interior dels estats amb la protecció dels drets individuals bàsics. L'accent en l'un o en l'altre dels factors, i la intensitat i la qualitat del respecte dels drets humans és una qüestió que les autoritats dels estats determinen en funció de l'apreciació que fan de les amenaces que en cada moment consideren rellevants. L'ordre públic dels estats, però, ha de ser compatible amb allò que es podria anomenar l'*ordre públic europeu*, que es configura a partir de l'equilibri que entre llibertat, o drets, i seguretat s'estableix a nivell supranacional.

En la definició d'aquest darrer hi participa de forma destacada el sistema europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals i, especialment, la jurisprudència del Tribunal europeu de drets humans. Aquest *ordre* marca el límit de la cursa que els estats europeus han emprès en la devaluació de la protecció dels refugiats i els demandants d'asil per fer menys atractiva la recerca de protecció en els seus respectius territoris. Una *dinàmica de devaluacions competitives*⁹ o *race to the bottom* que la normativa adoptada des de la Unió Europa no ha sabut corregir oportunament, i que, tot just en els darrers anys, des dels objectius marcat al Consell Europeu de Tampere, s'ha començat a redreçar únicament en alguns aspectes, com en el de l'harmonització de la noció de refugiat i de la concessió de protecció subsidiària, però no en d'altres, com en el cas de la previsió de garanties mínimes acceptables en els procediments d'asil. A aquesta qüestió es dedicarà l'apartat C. d'aquest capítol. La darrera part (D.), tenint en compte les observacions finals de l'apartat 2, relatives a la legitimitat del sistema de Dublín des d'una perspectiva material, i les de l'apartat 3, sobre l'*ordre públic europeu*, es dedica a plantejar l'alternativa al sistema actual d'admissió dels demandants d'asil en un dels estats membres de la Unió als efectes d'exercir la funció estatal d'asil.

A. L'ENTRADA DELS DEMANDANTS D'ASIL EN EL TERRITORI DE LA UNIÓN EUROPEA: DE LES MESURES COMPLEMENTÀRIES DE LA CONVENCIÓ DE SCHENGEN AL *MANUAL COMÚ DE FRONTERES II*

⁹ Henk Overbeek, "Towards a new international migration regime: globalization, migration and the internationalization of the state", Robert Miles, Dietrich Thranhardt (eds.), *Migration and European Integration. The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, Londres-Madison: Pinter Publishers- Fairleigh Dickinson University Press, 1995, pàg. 15. Aquesta dinàmica es crea per la influència que exerceix la posada en funcionament de polítiques restrictives per part dels estats que volen evitar la càrrega dels fluxos de migració i que fa que, successivament, els altres estats vagin restringint també l'accés al territori i als procediments d'asil. Sobre aquesta qüestió, també M.P. Arbenz, en col·laboració amb M.G. Zürcher, "La coordination des politiques des États européennes en matière de droit d'asile", *Le droit d'asile et les réfugiés: tendances actuelles et perspectives d'avenir. Actes du seizième Colloque de droit européen*, 15-17 setembre 1986, Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1987, pàg. 140; Kay Hailbronner, "Perspectives of a harmonization of the law of asylum after the Maastricht summit", *CMLR*, vol. 29, 1992, pàgs. 920-922.

320. Des de l'inici, els estats van condicionar la creació d'un espai sense controls a les fronteres interiors a la implantació prèvia o simultània de mesures que compensessin el que es percebia com una pèrdua en la qualitat de la seva seguretat interior. Això va fer que també es produís el que Alejandro del Valle Gálvez ha anomenat *una nova sistematització funcional de les fronteres dels estats*, amb la creació de les categories de frontera interior i frontera exterior, que ja no persegueixen la delimitació de les competències espacials dels estats, sinó *permetre l'aplicació del dret comunitari i de la Unió de manera que es garanteixi un perímetre d'accés i la circulació interior en el territori unificat de la Unió Europea*¹⁰.

Deixant de banda el sistema de distribució dels demandants d'asil entre els estats membres, la resta de mesures *compensatòries* afecten els demandants d'asil bé impedit o dificultant l'entrada en un estat europeu per intentar trobar-hi protecció, bé impedit o fent més difícil la sortida del propi país. En general, totes aquestes mesures són susceptibles de malmetre la protecció *efectiva* dels demandants d'asil¹¹.

1. Mesures relatives a l'entrada en la Unió Europea¹² i cauteles previstes per als demandants d'asil

321. La supressió de la possibilitat per als estats de controlar el pas per les seves fronteres amb altres estats parts suposava que es reforcessin els controls a les fronteres exteriors¹³, i es preveïessin fórmules de cooperació i coordinació entre els estats per a la realització d'aquests controls, així com normes relatives a l'entrada en l'espai comú per part dels estrangers no ciutadans de la Unió.

¹⁰ Alejandro del Valle Gálvez, "Control de fronteras y Unión Europea", Antonio Remiro Brotons, Carmen Martínez Capdevila (eds.), *Movimientos migratorios y derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 7, 2003, pàgs. 80-81.

¹¹ *Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la armonización, dentro de las Comunidades Europeas, de la legislación y las políticas en materia de asilo*, Cooney (ponent), de 5 de novembre de 1992, A3-0337/92/Part B, PE 201.540/A/def., pàgs. 3-6; Christian Bruschi, "Le droit d'asile: l'Europe a l'heure des choix", *Migrations Société*, vol. 2, núm. 12, 1990, pàgs. 71-72; Luise Drüke, "Refugee Protection in the Post Cold War Europe: Asylum in the Schengen and the EC Harmonisation Process", Alexis Pauly (ed.), *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques?* Maastricht: Institut européen d'administration publique, 1993, pàgs. 105-122.

¹² Exposen amplament el règim d'entrada dels nacionals d'un estat no membre, per exemple, Kay Hailbronner, "Visa regulations and third-country nationals in EC law", *CMLR*, vol. 31, núm. 5, 1994, pàgs. 969-995; David O'Keeffe, "The Emergence of a European Immigration policy", *ELR*, vol. 20, núm. 1, 1995, pàgs. 27-36; Petros N. Stangos, "Les ressortissants d'états tiers au sein de l'ordre juridique communautaire", *CDE*, núms. 3-4, 1992, pàgs. 332-347.

¹³ *Dans la mesure où les frontières intérieures s'atténuent, la frontière extérieure est renforcée*. Christopher Pollmann, "La frontière: horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé?", *RDP*, núm. 2, 1999, pàg. 487.

A partir de les previsions del Conveni Schengen i del desenvolupament que en va fer el Comitè executiu, els estats parts van anar posant en pràctica aquesta cooperació i van establir progressivament la lliure circulació en l'espai Schengen a mesura que es posaven a punt les seves capacitats internes (principalment el SIS). A mitjans dels anys noranta, la Comissió va presentar tres propostes de directives per tal d'assolir la llibertat de circulació a la Comunitat: una *relativa a la supressió dels controls sobre les persones a les fronteres interiors*¹⁴; una altra per la qual *s'adapta el dret derivat en matèria de lliure circulació dels ciutadans de la Unió i els membres de les seves famílies*¹⁵, i una tercera *relativa al dret dels nacionals de tercers estats que es trobin legalment en el territori d'un estat membre, a traslladar-se per un estada breu en el territori dels demás estats membres*¹⁶.

Per tal de regular l'entrada per les fronteres exteriors de la Unió, substituint les disposicions pertinents Schengen, en el marc de la cooperació a dotze es van fer passos per adoptar un Conveni¹⁷, que després va ser reprès per la Comissió en la Proposta de decisió fonamentada en l'article K.3 del TUE adoptat a Maastricht (article de la CAJI) *per la qual s'aprova el Conveni sobre el pas de les fronteres exteriors dels estats membres*¹⁸. Cap de les dues propostes va prosperar, principalment, pel desacord entre Espanya i el Regne Unit per la situació de Gibraltar¹⁹. També es va intentar sense èxit, l'any 1997, establir un

¹⁴ Csse, *Propuesta de directiva del Consejo relativa a la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores* (95/C 289/10), COM (95) 347 final, CNS0201, Brussel·les, 12 de juliol de 1995, DOCE de 31.10.1995, N° C 289/16; PE, *Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores*, A4-0219/96, de 27 de juny de 1996.

¹⁵ Csse, *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 68/360/CEE sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad y la Directiva 73/148/CEE relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios*, COM (95) 348 final, COD202, Brussel·les, 12 de juliol de 1995, DOCE 18.11.1995, N° C 307/18; PE, *Informe de la Comisión de Libertades públicas y de Asuntos Interiores*, A4-0095/96, de 26 de març de 1996.

¹⁶ Csse, *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al derecho de los nacionales de terceros países a viajar dentro de la Comunidad*, COM (95) 346 final, CNS0199, Brussel·les, 12 de juliol de 1995, DOCE 17.11.1995, N° C 306/5; *Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores*, A4-0218/96, de 27 de juny de 1996. Fent comentaris de totes elles, John F. Mogg, "Le Marché Unique Européen en 1995: bilan et prospection", RMUE, núm. 4, 1995, pàgs. 5-16.

¹⁷ Grup Ad Hoc Immigració, *Convention des Etats membres des Communautés européennes relative au franchissement des frontières extérieures*, SN 2556/91 WGI 809, Brussel·les 31 de maig de 1991, reproduït al *Rapport fait au nom de la commission de contrôle chargée de d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, crée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 26 juin 1991*, Président: Paul Masson, Rapporteur: Xavier de Villepin, N°167, tom III, pàgs.113-155. Aquest Conveni reprenia pràcticament el Títol II, Capítols I a VI, del Conveni d'aplicació de l'Acord Schengen.

¹⁸ Csse, *Propuesta de decisión, fundada en el artículo K.3 del tratado de la Unión Europea, por la que se aprueba el Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores de los estados miembros*, COM (93) 684 final, CNS0938, Brussel·les, 10 de desembre de 1993, DOCE 15.01.1994, N° C 11/6.

¹⁹ Sobre aquesta qüestió, Cristina Izquierdo Sans, "Las fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen", ADI, vol. XVI, 2000, npp 99, pàg. 175.

Conveni entre els estats membres sobre l'admissió de nacionals de tercers països en els estats membres²⁰.

En el text de la Comissió es preveia que no s'aplicaria: a les persones que haguessin presentat en un dels estats membres una sol·licitud per que se'ls reconegués l'estatut de refugiat d'acord amb la Convenció de Ginebra de 1951; a les persones desplaçades a qui s'havia concedit la residència en un estat membre en el marc de la protecció temporal; ni tampoc a les persones excepcionalment autoritzades per romandre en el territori d'un estat membre, en particular, per motius humanitaris²¹. En el comentari de l'article corresponent a aquesta disposició, la Comissió considerava que també s'excloïa de l'àmbit d'aplicació les persones que haguessin presentat una sol·licitud per que se'ls reconegués l'estatut d'asilats o refugiats en la mesura que el seu estatut es contempli en altres instruments específics. D'això semblava deduir-se que la Comissió partia del principi que les persones que sol·liciten asil o refugi en un estat membre, tenen reconegut un dret d'accedir o entrar en el territori, segons els instruments internacionals específics, *especialment la Convenció de Ginebra*²².

²⁰ CseE, *Propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los estados miembros*, COM (1997) 387 final, CNS0227, Brussel·les 30 de juliol de 1997, DOCE 7.11.1997, N° C 337/9-19. La doctrina va considerar que tot i la dificultat previsible d'adoptar aquest acte, la proposta tenia una importància considerable perquè constituïa el primer intent seriós per part d'una institució de la Comunitat de construir un conjunt comprensiu de disposicions sobre la immigració i integració de persones nacionals de tercers estats en el territori dels estats membres. Per primer cop es consideraven les qüestions relatives a la immigració més des de la perspectiva del individu afectats que partint del context dels factors purament econòmics i de seguretat pública Martin Hedemann-Robinson, "From Object to Subject?: Non-EC Nationals and the Draft Proposal of the commission for a Council Act Establishing the rules for the Admission of Third Country Nationals to the Member States", *YEL*, vol. 18, 1998, pàgs. 291-292. Altres autors van ser força més crítics amb la proposta, com Kay Hailbronner, "European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty", *CMLR*, vol. 35, núm. 5, 1998, pàg. 1047-1050.

²¹ Article 2 del *Conveni*. En el *Conveni* es definia l'admissió com la possibilitat per un nacional d'un tercer país d'entrar en el territori d'un estat membre per romandre-hi durant un període superior a tres mesos. El *Conveni* tampoc seria aplicable a ciutadans de la Unió o a altres persones que, en virtut d'actes adoptats per la Comunitat, ja tinguin els drets previstos en ell, ni a persones a qui s'apliquin acords internacionals comunitaris o mixtos que abastin aquestes matèries.

²² Refermant aquesta interpretació, en els seus informes sobre la proposta, el PE considerava que degut al elevat grau de desocupació en gairebé tots els estats membres, no es podia donar als nacionals de tercers països un lloc en la vida econòmica sense que això anés en detriment dels desocupats o de persones que es trobaven en dificultats. Afegint que, *en allò que es refereix als sol·licitants d'asil, això ens pot semblar acceptable, ja que com a conseqüència dels convenis celebrats i segons l'opinió pública dels estats membres tenen dret a ser protegits contra la persecució. Per a aquells que desitgen entrar en la Unió per raons econòmiques han d'aplicar-se altres criteris*. PE, *Informe sobre I. la propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros y II. el proyecto de Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros* (COM (97) 0387-C4-0681/97-97/0227 (CNS)), Klaus-Heiner Lehne (ponent), 2 de juliol de 1998, A4-066/98 [PE 225.459/def.], pàg. 25, i PE *Segundo Informe ...* (COM (97) 0387-C4-0681/97-97/0227 (CNS)), Klaus-Heiner Lehne (ponent), 28 de gener de 1999, A4-0045/99 [PE 229.573/def.], pàg. 21.

Les tres primeres propostes de directives no van ser tampoc mai aprovades per les diferències de parer insuperables dels estats membres. Finalment, totes cinc propostes d'actes van ser retirades per la Comissió l'11 de desembre de 2001²³.

322. A la Unió Europea, per tant, apliquen la supressió dels controls a les fronteres interiors els tretze estats del sistema Schengen (excepte el Regne Unit i Irlanda que són els que no han adherit al Conveni), el bagatge del qual ha estat assumit a la Unió Europea en forma de cooperació reforçada *de facto* (la decisió al respecte s'adoptà en el marc convencional de revisió dels tractats constitutius i no d'acord amb les previsions del TUE, com s'ha vist al capítol anterior). Els 10 estats membres que són parts de la Unió Europea des de 1 de maig de 2004 aniran implementant progressivament el principi de la llibertat de circulació, quan estiguin individualment preparats i el sistema hagi estat adaptat en conseqüència. En el sentit de l'adaptació del propi sistema, la Comissió va adoptar el juny de 2005 tres propostes en vistes a la creació del *Sistema d'Informació Schengen de segona generació* (SIS II), que reemplaçarà al SIS actual, i que tindrà capacitat operativa per permetre que aquests estats i, en principi, Suïssa, hi participin plenament l'any 2007²⁴. El Consell va arribar a un acord polític respecte d'un dels reglaments proposats, sobre *l'establiment, el funcionament i la utilització dels SIS II* en la seva reunió *Justícia i Afers d'Interior* dels dies 1-2 de juny de 2006²⁵.

Per tal d'afavorir la circulació de les persones entre els estats del sistema Schengen i els estats que van adherir a la Unió el 2004, el juny de 2006 s'ha adoptat un *règim simplificat de control de les persones a les fronteres exteriors* basat en el *reconeixement unilateral* d'aquest estats de determinats documents com a equivalents als seus visats nacionals per a finalitat de trànsit pels seus territoris²⁶. També s'ha previst un *règim*

²³ Csse, *Comunicación de la Comisión. Retirada de las Propuestas de la Comisión que han quedado obsoletas*, COM (2001) 763 final, Brussel·les, 11 de desembre de 2001, pàgs. 30-32/51.

²⁴ Csse, *Proposition de Décision du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, COM (2005) 230 final, 2005/0103 (CNS), Brussel·les, 31 de maig de 2005; Csse, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, COM (2005) 236 final/2, 2005/0106 (COD), Brussel·les, 23 d'agost de 2005 (la versió de 31 de maig ha estat reemplaçada per aquesta); Csse, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'accès des services des États membres chargés de l'immatriculation des véhicules au système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)*, COM (2005) 237 final, 2005/0104 (COD), Brussel·les, 31 de maig de 2005.

²⁵ C^lUE, Sessió núm. 2732 del Consell *Justícia i Assumptes d'Interior*, Luxemburg 1 i 2 de juny de 2006, 9409/06 (Presse 144) (OR.en), pàg. 27/36.

²⁶ *Decisión N° 895/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito por sus territorios*, DOUE de 20 de juny de 2006, N° L 167/1-7.

simplificat similar amb Suïssa i Liechtenstein en la mesura del baix risc d'immigració il·legal que representen aquests estats per als estats membres²⁷.

323. La perspectiva adoptada pel que fa a la llibertat de circulació dins de la Unió ha estat la de preveure règims separats de llibertat de circulació dels ciutadans per un costat, i dels nacionals d'un estat tercer, per l'altra, en comptes d'un únic règim de llibertat de circulació per a tothom qui es trobi legalment en el territori comú. En aquest sentit, pel que fa als ciutadans, ha estat adoptada una directiva que modifica el Reglament (CEE) núm. 1612/68 i deroga altres normes com la directiva 64/221/CEE sobre ordre públic i seguretat interior²⁸, que incorpora la interpretació extensiva que la jurisprudència del TJCE ha fet de la llibertat de circulació dels ciutadans de la Unió prevista en el TCE²⁹.

Per a l'establiment d'un règim de circulació dels nacionals de tercers estats es va adoptar en base a l'article 63§3-4 una directiva sobre l'admissió a efectes d'estudis, intercanvis d'alumnes, pràctiques no remunerades i serveis de voluntariat³⁰. La Comissió també va adoptar dues propostes de directives, una basada en l'article 62§3 TCE sobre les condicions en què poden viatjar per períodes no superiors a 3 mesos i sobre les condicions d'entrada per desplaçaments de durada no superior a 6 mesos³¹; i una altre en base a l'article 63§3 a) del TCE, amb l'objectiu de definir, en el futur, un marc jurídic comú relatiu a l'admissió d'immigrants econòmics³². Aquestes dues proposicions de norma de la Comissió han estat retirades a començaments de 2006³³ i, al menys, pel que fa al

²⁷ Decisión N° 896/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por los Estados miembros de determinados permisos de residencia expedidos por Suiza y Liechtenstein para fines de tránsito por sus territorios, DOUE de 20 de junio de 2006, N° 167/8-13.

²⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DOUE de 30 de abril de 2004, N° L 158/77-123.

²⁹ TJCE, sentència de 20 de setembre de 2001, afer *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, núm. C-184/99; TJCE, sentència de 17 de setembre de 2002, afer *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, núm. C-413/99.

³⁰ Directiva del Consejo 2004/114/CE relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, DOUE de 23 de diciembre de 2004, N° L 375/12-18.

³¹ CseE, *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un periodo no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a seis meses*, COM (2001) 388 final, Brussel·les, 10 de juliol de 2001.

³² CseE, *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia*, COM (2001) 386 final, Brussel·les, 11 de juliol de 2001.

³³ CseE, *Propuestas de la Comisión retiradas tras el examen a la vista de su importancia general, su impacto sobre la competitividad y otros aspectos (2006/C 64/03)*, DOUE de 17 de març de 2006, N° C 64/3-10.